Félix Carné

Influence du Divorce

sur la Puissance Paternelle

UNIVERSITÉ DE TOULOUSE. — FACULTÉ DE DROIT

INFLUENCE DU DIVORCE

SUR

LA PUISSANCE PATERNELLE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE PAR

FÉLIX CARNÉ

AVOCAT



MONTAUBAN
IMPRIMERIE PRUNET FRÈRES
4, Rue Porte-du-Moustier, 4

1907

INFLUENCE DU DIVORCE
SUR LA PUISSANCE PATERNELLE

UNIVERSITÉ DE TOULOUSE. — FACULTÉ DE DROIT

INFLUENCE DU DIVORCE

SUR

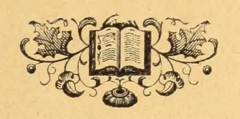
LA PUISSANCE PATERNELLE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE PAR

FÉLIX CARNÉ

AVOCAT



MONTAUBAN

IMPRIMERIE PRUNET FRÈRES

4, Rue Porte-du-Moustier, 4

1907

A mon Père

FACULTÉ DE DROIT DE TOULOUSE

Président de la Thèse : M. GHEUSI.

Suffragants { MM. FRAISSAINGEA
MAGNOL.

La Faculté n'entend approuver ni désapprouver les opinions particulières du candidat.

BIBLIOGRAPHIE

TRAITÉS SPÉCIAUX

CARPENTIER. — *Traité du divorce*, Paris, 1885.

COULOM HENRI. — *Le divorce*, t. II et III, Paris, 1891.

HUGUET ANDRÉ. — Thèse : *Des effets du divorce au regard des enfants nés du mariage*. Paris, 1901.

VRAYE et GODE. — *Le Divorce et la Séparation de corps*, année 1885.

GLASSON. — *Le Mariage civil et le Divorce,* étude de législation comparée, année 1879.

COULOM HENRI. — *Manuel formulaire du Divorce et de la Séparation de corps*, 5e éd., Paris, 1891.

BARBIER EMMANUEL. — Thèse : *Des effets du Divorce à l'égard des enfants*, Paris, 1893.

LEHR. — *Le Mariage, le Divorce et la Séparation de corps*, étude de droit civil comparé, Paris 1897.

DAUDET LÉON. — *Le Partage de l'Enfant,* Paris, 1905.

TRAITÉS GÉNÉRAUX

LAURENT. — *Principes de Droit civil,* t. III, Paris, 1878.

HUC. — *Traité théorique et pratique du Code civil*, Paris,1892.

GRIFFOND. — *Supplément du Code civil annoté*, de FUGIER HERMANA. continué par ALCIDE DARRNS, t. I, Paris, 1903.

DALLOZ. — *Répertoire*, v. *Divorce*.
DALLOZ. — *Supplément au répert.*, v. Divorce, Paris, 1890.
BAUDRY LACANTINERIE. — *Précis de Droit civil*, 7e éd., Paris, 1899.
BAUDRY LACANTINERIE. — *Traité de Droit civil. Des Personnes*, t. III, Paris 1902.
DURANTON. — *Cours de Droit civil Français*, t. II, année 1825.
FUZIER HERMANN. — *Répertoire général alphabétique du Droit Français*, v. *Divorce*, Paris, 1899.
JOURNAL DU NOTARIAT. — *Années 1900 à 1907*.
JURIS CLASSEUR CIVIL de RICARD et JEAN LABIC, t. I.
RAMBAUD. — *Traité de Droit civil.*
TOUILLER. — *Le Droit civil Français suivant l'ordre du Code*, 5e édit., Paris, 1842.
ZACHARIÆ. — *Droit civil Français*, t. III, année 1839.
VAZEILLE. — *Traité du Mariage*, t. II, année 1825.
WEISS. — *Droit international privé*, t. III, Paris, 1898.
PLANIOL. — *Traité élémentaire de Droit civil*, t. II, Paris, 1901.
PANDECTES FRANÇAISES. — V. *Divorce*, année 1897.
BRISSAUD. — *Histoire du Droit Français.*
ESMEIN. — *Cours élémentaire d'Histoire de Droit Français*, Paris, 1898.

INTRODUCTION

La puissance paternelle, autorité des parents sur les enfants, peut être envisagée par rapport aux père et mère ou par rapport à l'enfant ; elle peut se comprendre vis-à-vis de celui qui l'exerce ou vis-à-vis de celui sur lequel elle s'exerce. La notion romaine de la « *patria potestas* » qui s'est transmise aux Pays de Droit Ecrit, établit une puissance, organisée dans l'intérêt du père, beaucoup plus que dans celui de l'enfant, puissance avec le caractère de dureté et d'austérité qui la distingue dans cette législation : comme conséquence le père exerce cette autorité à l'exclusion de la mère. Le « *pater familias* », en effet, était investi d'un pouvoir absolu sur ses enfants ; il pouvait les mettre à mort, les exposer, les chasser. L'on comprend aisément que, comme contre-partie de cette idée, la direction matérielle ou morale de l'enfant qui constitue la puissance paternelle devait être orientée vers l'intérêt ou l'avantage du père. Notre Code, suivant les Pays de Coutumes, se fonde sur une toute autre idée, déclare que la puissance paternelle est un droit pour l'enfant, qu'elle a été organisée surtout dans son intérêt, et l'accorde, par suite, collectivement au père et à la mère, ses deux protecteurs naturels. Cela est absolument sûr, et une

solution contraire contredirait trop ouvertement nos idées actuelles. C'est sur cette idée que se fonde toute la matière.

La seule raison de douter vient du droit de jouissance légale accordée au père sur les biens de son enfant. Il semble que cet avantage évident doive nous incliner à penser que le législateur a cherché à établir la puissance paternelle dans l'intérêt du père. Cela est faux; sans doute la jouissance légale peut être, avec un semblant de raison, considérée comme une compensation des charges de l'administration légale. Mais on peut en donner une autre explication, préférable, nous semble-t-il : Le législateur s'est décidé à donner au père l'usufruit légal afin d'éviter plus tard des comptes embrouillés entre le père et l'enfant, et parer par avance aux difficultés de nature à surgir lors de la reddition des comptes. Aussi le mot puissance paternelle traduit-il mal cette idée, et a-t-on proposé à plusieurs reprises de le supprimer et de le remplacer définitivement par *autorité paternelle,* ainsi que le font notamment les articles 372 et 373 du Code Civil.

Cette direction ainsi entendue devait appartenir nécessairement aux deux époux, mais l'efficacité des mesures à prendre risquait ainsi d'être compromise sans l'unité de direction. Il fallait donc, tout en accordant à la mère voix consultative, réserver au père, déjà loti de la puissance maritale, l'exercice effectif de cette autorité. Direction ferme concentrée dans les mains du père, telle est la situation durant le mariage.

Cette situation persiste jusqu'à ce que l'enfant soit

devenu apte à agir par lui-même, la loi estime que ce sera jusqu'à sa majorité ou son émancipation. Jusque là les enfants restent sous cette autorité, tour à tour bienveillante et sévère, qui oriente toutes les mesures vers le bien-être matériel et moral de l'enfant. Notre Code veut accorder sa protection à ceux qui ne peuvent se gouverner eux-mêmes.

Mais un événement est de nature à déjouer les calculs du législateur : c'est la dissolution du mariage.

A ce moment-là l'unité de direction est aussi nécessaire pour l'enfant que pendant le mariage. Que va-t-il se passer ?

Si le mariage est dissous par la mort de l'un des époux, pas de difficulté, le survivant obtient la tutelle de l'enfant et reprend la ferme direction au mieux de ses intérêts.

Mais lorsque le mariage est brisé par le divorce combien la situation change ; ses père et mère sont là tous deux, à qui confier cette autorité ? Aux deux collectivement ? Au père comme pendant la durée du mariage ? A la mère seule, si le divorce a été prononcé en sa faveur ? Autant de conjectures, autant de théories.

Telle est la question que nous allons étudier au cours de notre thèse.

Nous rechercherons donc ce que devient la puissance paternelle après la prononciation du divorce et même au cours de l'instance, car alors le divorce, bien qu'encore à l'état embryonnaire, produit déjà de graves perturbations dans l'organisation de l'autorité paternelle.

Dans ce but nous passerons en revue les divers attributs de la puissance paternelle en les examinant un à un.

Cette façon de procéder nous paraît plus sûre que poser une théorie générale à laquelle on serait trop souvent forcé d'apporter des dérogations. L'on ne peut guère emprisonner dans une règle générale les capricieuses solutions des multiples questions qui vont se présenter.

Ainsi que nous le disions en débutant, c'est à l'intérêt bien compris de l'enfant que l'on doit se reporter pour choisir son protecteur. Ce principe posé très nettement par le législateur domine toute la matière. Il faut donc que la protection que doit être la puissance paternelle s'accentue en raison directe du besoin plus grand de l'enfant. Pour faire comprendre le bien fondé de cette sollicitude du législateur, nous allons, dans une esquisse rapide, essayer de mettre en lumière la douloureuse situation créée aux enfants par le divorce. Après avoir fait apparaître ce mal, nous rechercherons, sinon un remède réellement efficace, du moins la plus large atténuation.

Dans le divorce, il est en effet un point palpitant dont on ne s'occupe guère. Que vont devenir les pauvres innocents venus au monde sans avoir demandé à naître et qui sont la meilleure raison d'être du mariage? Combien est passionnante la situation de cet enfant « sans foyer entre deux foyers. »

Il faut admettre le divorce avec les plus sages restrictions, cela désoriente le cœur des petits. « Le père, c'est un côté du toit, la mère, l'autre, et le

mioche est bien à l'abri. Si les parents se disjoignent, se séparent, voilà le pauvret exposé à la pluie et à l'orage (1). » Comment l'enfant pourrait-il acquérir un goût sincère lorsque durant toute sa jeunesse il a dû avoir deux visages, deux attitudes, deux langages, deux humeurs, selon que l'on se tourne vers le père ou vers la mère. Il faut entendre dénigrer ici, ce que l'on respecte là. Comme le crie l'enfant que met en scène M. Léon Daudet dans son ouvrage : « on ne m'a pas élevé, on m'a écartelé (2) ». Il est à craindre que le cœur ne se fatigue de tant d'oscillations et d'incertitudes et ne se réfugie dans l'égoïsme.

Pour obvier dans la mesure du possible à cet état de chose, il faut prendre le mal dans la racine et n'accorder le divorce que comme pis aller et pour des cas très sérieux.

Au lieu de cela, nous sommes stupéfiés en présence du mouvement actuel. Les esprits s'agitent, des comités officiels et officieux se forment en vue d'élaborer des projets plus hardis les uns que les autres sur la Réforme du Mariage. Citer MM. Paul Adam, Henri Bataille, Paul et Victor Margueritte, Octave Mirbeau, Marcel Prévost, Raymond Poincaré, le Président Séré de Rivière et Mmes Avril de Sainte-Croix, Jeanne Smalh, Séverine qui font partie de ces comités, est assez montrer que c'est une agrégation d'hommes de lettres distingués et de solides

---

(1) Léon Daudet : Le partage de l'Enfant, 1905, page 267.
(2) — — — — 303.

penseurs. Ils sont les ennemis acharnés des idées « vieux jeu » de notre Code, sur la conception du mariage. Pour donner un aperçu de la véhémence avec laquelle ils l'attaquent, nous citerons un article lu dans le journal *la Dépêche* du mois de septembre 1906. Cet article a été écrit par MM. Paul et Victor Margueritte à l'occasion de la Réforme du Mariage :
« Ne cherchez pas des emplâtres ! N'apportez pas
« pour fumier les vieux parchemins d'antan ! Les
« tuteurs ne serviraient à rien ! Ce qui convient ici,
« c'est la cognée, c'est la hâche ! A bas les branches
« pourries ! Au feu le bois mort ! Regardons-le de
« près ce Code centenaire avant qu'il se transforme
« et s'améliore. Ce n'est pas cent ans, c'est deux
« mille ans qu'il porte incrustés dans sa rigidité
« sénile. Il date des Barbares, il date des esclaves.
« Il garde par endroits l'empreinte de la sauvagerie
« primitive, il a sur lui l'ombre froide des prisons, il
« pue le sang ! » Pauvre Code !

Nous citerons aussi, pour mémoire, un projet déposé par le député Morlot au mois de mars 1906 et tendant : 1° A rétablir le divorce par consentement mutuel ; 2° A élargir les causes déterminées de divorce.

Telles sont les tendances actuelles bien caractérisées.

Pousser tout le monde à fonder une famille en rendant le mariage plus aisé, tel est le but qu'il faut atteindre à tout prix. Ils fixent à dix-huit ans pour les jeunes filles, l'âge où étant parvenues au sommet de la sagesse et de l'expérience, elles pourront s'unir

sans le consentement des vieux barbons de père et mère à l'élu de leur cœur. Et alors sus au bonheur ! Le mariage n'a pas, d'ailleurs, de quoi effrayer, puisque, si les amoureuses se sont leurrées, le divorce, rendu très facile, leur offrira la porte de sortie. « Convoler, déconvoler, reconvoler, tel est pour nos filles l'idéal, et sainte Catherine, là-haut, pleurera de dépit, n'ayant plus de vierges susceptibles de coiffer son bonnet. »

Nous osons nous demander si le bonheur sera bien au bout de toute cette liberté. Même utopie, osons-nous affirmer, lorsque Paul Hervieu veut ériger l' « Amour » en article du Code. Dire : « Je ne l'aime plus pour un époux en parlant de l'autre et songer à quelque pimpant et frais minois aperçu au passage, c'est assez pour justifier d'un divorce ».

Faciliter le mariage, ce n'est pas assez et M. Séré de Rivière va plus loin. Du haut de son siège il prétend contraindre les gens à s'unir. Témoin (1) une affaire dans laquelle un gardien de la paix, ayant séduit une bonne, celle-ci réclamait des dommages et intérêts. Le bon juge ne voulait pas que la bonne fut abandonnée sur le pavé, un bébé sur les bras. Horrible injustice : Comment concilier l'équité avec la défense de la recherche de la paternité? Tâche malaisée.

Le président n'hésite pas à employer un moyen, original assurément, radical lui semble-t-il. Marions-

---

(1) *Gazette du Palais* du 13 février 1906.

les ! Sur ses objurgations, les avocats plaident, cette fois auprès de leurs clients, la nécessité qu'il y a pour eux de donner leur consentement à cette union. La jeune fille séduite que peut-elle demander ? Le mariage ; et très aisément elle est convaincue. Quant au gardien de la paix, fiancé récalcitrant, on lui fera entrevoir que son obstination pourrait bien lui jouer un mauvais tour et ne pas lui concilier les grâces du tribunal ; que s'il refuse il va encourir une condamnation sévère, voir la fâcheuse saisie-arrêt frapper ses modestes appointements : il sera certainement ébranlé. La comparution en Chambre du conseil fera le reste et la majesté intimidante de la justice finira par plier le gardien de la paix accoutumé à la discipline. Voilà la chaîne rivée. Deux malheureux de plus ! Plus tard le deuxième acte se jouera dans le même cadre intitulé : « Le Divorce ». « Réconciliez les gens mariés si vous le pouvez, M. le Président, mais de grâce ne mariez pas les gens irréconciliables. »

Ces tendances actuelles entraîneront fatalement une augmentation considérable du nombre des divorces déjà trop grand. Les mariages, sous ce nouveau régime, conduiront nécessairement au divorce et les époux, qui seront restés toute leur vie rivés à la même chaîne, seront bientôt de telles merveilles que leur cadavre momifié sera exposé à la visite railleuse des époux de la nouvelle école.

La question qui nous préoccupe va donc se présenter journellement. Quels principes va-t-on appliquer ? Telle est la raison qui a déterminé le choix de notre thèse.

Avant d'essayer de dégager de textes imprécis et parfois muets, la solution que notre législateur a entendu donner à la question, nous allons remonter jusqu'aux sources mêmes de notre Code.

Nous complèterons cet aperçu historique par une rapide esquisse des législations étrangères.

L'étude de solutions, tantôt si diverses, tantôt convergentes, nous paraît indispensable pour notre thèse; elle nous permettra de mieux saisir le mécanisme de notre régime actuel, et nous fournira l'idée d'améliorations ou de précisions désirables à apporter à notre loi de 1884.

CHAPITRE PREMIER

Aperçu Historique

Nous étudierons, dans une première section, la question qui nous occupe dans le Droit Romain, des temps les plus reculés jusqu'après Justinien.

Une deuxième section sera consacrée à notre ancien Droit Français.

Dans la troisième, nous verrons la période Révolutionnaire.

Dans une quatrième, enfin, nous nous placerons en 1803, lors de la confection de notre Code.

SECTION PREMIÈBE

Droit Romain

Le divorce fut admis chez les Romains dès la plus haute antiquité ; il faisait même, en quelque sorte, partie de l'essence du mariage. Nous voyons, en effet, les jurisconsultes (1) « déclarer nulles toutes les conventions ayant pour objet d'interdire le divorce ou d'obliger l'époux qui voudrait y recourir à payer une somme d'argent ». Néanmoins on n'en trouve guère d'exemple avant le VIe siècle de Rome.

---

(1) L. 2. C. *de inut. stipul.* VIII. 39.

La législation du divorce évolue au cours des siècles avec les mœurs et les idées ; nous en trouvons la preuve en parcourant les diverses étapes de son histoire.

I. — *Ancien Droit.*

Durant toute cette période on ne se demande guère ce que devient la puissance paternelle après le divorce. La raison en est le caractère d'intégrité de la *patria potestas* entre les mains du *pater familias*. Intégrité qui découle de l'organisation même de la famille romaine à cette époque. La femme, en effet, n'avait aucune part à la puissance paternelle, car, selon qu'elle était mariée *cum manu* ou *sine manu* elle était fille de son mari (loco filiæ) ou sœur de ses enfants (loco sororis). En cet état de cause, on comprend que la rupture du bien matrimonial par le divorce n'apportait aucune modification à la *patria potestas*.

II. — *Epoque classique.*

Cette conception ne persiste plus pendant la période de l'époque classique ; l'on reconnaît l'existence d'un lien naturel entre la mère et son enfant, lien qui doit entraîner des droits pour la femme. Comme conséquence, l'enfant n'est plus livré pieds et poings liés à l'arbitraire de son père.

Nous voyons notamment Antonin le Pieux accorder, par un décret, à la mère le droit d'emmener ses enfants, afin de s'occuper de leur éducation. Néanmoins, en ce cas, tous les autres attributs de la puissance paternelle demeuraient formellement réservés

au père (1). Ulpien dit que ce droit de garde était accordé comme faveur *ex justissima causa* mais sans porter atteinte autrement à la puissance paternelle, *sine deminutione patriæ potestatis*. L'on aperçoit ici, bien que cela ne soit pas nettement indiqué, que le législateur romain a envisagé indirectement l'intérêt des enfants en supposant meilleurs pour lui les exemples de l'époux innocent : cela est implicitement contenu dans le texte d'Ulpien. Le père conservait sans doute le droit d'intenter l'interdit *de liberis exibendis* qui lui servait, en principe, à réclamer ses enfants lorsqu'ils étaient entre les mains d'une personne étrangère, mais la mère pouvait lui répondre par une exception accordée seulement *cognita causa et ob nequitiam patris*.

Par une constitution de l'an 293, les empereurs Dioclétien et Maximien donnèrent au tribunal le pouvoir d'attribuer la garde des enfants à celui des époux qu'il lui plairait de choisir (2) : *competens tamen judex estimabit utrum apud patrem an apud matrem, matrimonio separato filii morari ac nutriri debeant*. Donc, pouvoir discrétionnaire accordé au juge.

III. — *Droit de Justinien.*

Sous l'influence du christianisme, Justinien fit un grand pas dans la voie tracée par ses prédécesseurs. Au reste, le *pater familias* ne jouissait plus d'un pou-

(1) D. 43, 30, I. 1. § 3, 3. § 5.
(2) C. 5. 24. I.

voir aussi absolu, ses droits diminuaient de jour en jour au profit de la mère ou de l'enfant.

Justinien fit disparaître le pouvoir discrétionnaire du juge établi par Dioclétien et Maximien en matière de garde. Il fallait que le tribunal confiât nécessairement la garde à l'époux innocent. La femme, néanmoins, perdait le bénéfice de ce droit lors d'un second mariage (1).

Il prévoyait aussi le cas où le divorce était prononcé aux torts réciproques des époux ; ici plus d'époux innocent, les enfants mineurs étaient alors, sur la désignation du juge, confiés à une tierce personne, *dispensator*.

Tout cela prouve combien déjà était ancrée l'idée de l'intérêt des enfants faisant la règle maîtresse de la matière. L'on peut s'en convaincre encore en voyant le législateur conserver aux enfants, à titre de nue-propiété les biens que l'époux innocent acquérait à titre de gain au détriment de l'époux coupable.

L'institution du divorce agonise, elle brille de son dernier éclat et décroît sans cesse sous les incessantes attaques du christianisme.

SECTION II

Ancien Droit Français

La caractéristique de toute cette période c'est la soumission du pouvoir civil à l'Église.

---

(1) Nov. 117. ch. 7.

Pendant les premiers siècles de notre histoire, la question du divorce resta indécise et souleva de vives discussions parmi les Pères de l'Église. Tertullien, saint Epiphane, Astérius, évêque d'Amasie, autorisaient le divorce pour cause d'adultère de la femme. Saint Augustin écrivit un traité sur le divorce où il proclama avec énergie l'indissolubilité du mariage. Au concile d'Arles, tenu dit-on en 352, la question parut fort douteuse et ne fut pas tranchée (1). Après Charlemagne dans les Capitulaires l'on trouve des traces de l'abolition du divorce (2).

De même, vers l'an 856, le pape Nicolas Ier excommunia Lothaire parce qu'il répudiait sans motifs sa femme Teutberge, et cassa les décisions des conciles qui lui étaient favorables (3).

Ce ne fut que lors du concile de Trente, en 1563, que l'on mit fin définitivement à la controverse en déclarant le contrat et le sacrement de mariage indissolubles et en repoussant toute idée du divorce. Dans la longue querelle théologique qui s'éleva jusqu'alors il n'est pas question seulement des textes sacrés, et la condition des enfants y fut envisagée (4).

Cependant, durant toute la période antérieure, le divorce ne fut permis dans la pratique que très exceptionnellement et pour des motifs religieux : En

(1) GLASSON : Le mariage civil et le divorce, page 29.
(2) BRISSAUD : Hist. du droit Franç., page 110.
(3) — — — 530.
(4) BARBIER : Thèse. Introduction, page 3.

ce cas on obligeait les époux divorcés à prendre l'engagement de se retirer dans un monastère.

Nous ne savons rien de l'influence de ces divorces sur la puissance paternelle, Pothier est muet sur ce point; il semble néanmoins que le sort des enfants était abandonné aux juges.

SECTION III

Droit intermédiaire

Dès le début de cette période, l'influence de l'Église fut contrebalancée par celle des idées nouvelles émises par les philosophes.

L'on désirait ardemment la sécularisation de notre droit. Les philosophes du XVIII[e] siècle furent les premiers à battre en brèche l'indissolubilité du mariage. Diderot estime que le mariage perpétuel est un abus : C'est la tyrannie de l'homme qui a converti en propriété la possession de la femme (1). Taine, reprit plus tard ces idées : « Nos gens de bel air, dit-il, adoptent sans difficulté des théories qui justifient leur pratique. Ils seront bien aise d'apprendre que le mariage est une convention et un préjugé » (2).

Les philosophes ont donc été les vrais inspirateurs de la loi du 20 septembre 1792.

Pour comprendre dans quel esprit a été votée cette loi, il faut se reporter à la discussion devant l'As-

---

(1) DIDEROT : Supplément du voyage de Bougainville.

(2) TAINE : Origines de la France contemporaine I. p. 372.

semblée législative. L'un des rapporteurs disait à la séance du 9 septembre 1792 : « Le Comité a cru devoir accorder ou conserver la plus grande latitude à la faculté du divorce, à cause de la nature du mariage, qui a pour base principale le consentement des époux, et parce que la liberté individuelle ne peut jamais être aliénée d'une manière indissoluble par aucune convention » (1). Ainsi qu'il résulte de ce rapport, il s'est produit une confusion regrettable dans l'esprit du législateur. Ses doctrines sur le Droit naturel l'ont amené à assimiler le mariage aux contrats ordinaires, qui se forment et se rompent par le seul consentement des parties.

Comme conséquence de cette idée, la loi de 1792 admet le divorce avec une déplorable facilité. Elle organise trois divorces différents : l'un pour causes déterminées; l'autre par consentement mutuel, et le troisième par la volonté d'un seul des époux pour cause d'incompatibilité d'humeur.

Il faut rendre à la loi de 1792 cette justice qu'elle s'était beaucoup préoccupée du sort des enfants, « ces êtres innocents des fautes de leurs pères, avait dit le rapporteur, qui ne peuvent souffrir qu'injustement des divisions ou de l'instabilité des affections des auteurs de leurs jours » (2).

La pensée du législateur, telle qu'elle paraît se dégager des paroles du président du Comité de législa-

---

(1) Rapport de LÉONARD ROBIN. Voir le *Moniteur* du 10 septembre 1792.

(2) *Moniteur* du 8 septembre 1792.

tion de l'Assemblée législative, était que les enfants ne fussent pas confiés à l'époux coupable. Mais le plus souvent c'était à une assemblée de famille, mieux qualifiée qu'un tribunal, pour trancher cette question, qu'il appartenait de décider du sort des enfants.

Cette assemblée de famille était qualifiée pour statuer sur le sort des enfants, mais seulement lorsque le divorce était prononcé pour les nombreuses causes déterminées par la loi. Lorsque le divorce avait lieu par consentement mutuel ou pour simple incompatibilité dans l'impossibilité où l'on se trouvait de savoir à qui incombait la responsabilité de la rupture, on confiait à la mère tous les enfants, quel que fut leur sexe, âgés de moins de sept ans; au-delà de cet âge, les garçons étaient remis au père.

Les époux pouvaient néanmoins répartir autrement la garde des enfants, d'accord entre eux, mais leurs conventions étaient toujours susceptibles d'être modifiées toutes les fois que l'intérêt des enfants le réclamait.

On se plaignait de ce que les tribunaux de famille, chargés de statuer sur les contestations entre époux divorcés, notamment sur la garde des enfants, laissaient traîner les affaires en longueur, permettant ainsi au mari de dissiper trop souvent les biens laissés à sa disposition. Afin de mettre un terme à ces abus, une loi du 8 nivose, an II, enjoignit à l'assemblée de famille de statuer dans le mois de la demande (1).

---

(1) Glasson, p. 49.

Bien que normalement les enfants fussent confiés soit au père soit à la mère, rien dans la loi ne faisait obstacle à ce qu'ils fussent remis à une tierce personne, si aucun des deux époux n'inspirait confiance à l'assemblée de famille (Arg. art. 3 et 5).

Au cas particulier de conversion d'une séparation de corps antérieure en divorce, l'on s'en rapportait, quant à la condition des enfants, à ce qui avait déjà été établi par un jugement, une transaction, ou consacré, en fait, depuis plus d'une année ; au cas contraire, il fallait recourir encore à l'Asssemblée de famille.

Nous ne parlerons que pour mémoire d'une institution excellente, analogue à celle de l'article 395 du Code Civil, pour le cas où l'époux auquel la garde avait été conférée se remariait, car étant dépourvue de toute sanction, elle fut illusoire.

Telles sont les dispositions principales de la loi de 1792 relatives à notre sujet ; nous pouvons constater ici une lacune qui est passée dans notre législation actuelle, c'est que l'on ne parle que de la garde des enfants. Sans doute, c'est bien là l'attribut le plus important ; il serait néanmoins intéressant de savoir ce que deviennent les autres. Nous nous expliquerons sur ce point en nous occupant des dispositions de notre Code.

Cette loi de 1792, en autorisant le divorce avec trop de facilité, avait compromis la stabilité et l'existence même de la famille. La licence des mœurs fut sans bornes. Tout comme à Rome, le divorce fut inutile dans les campagnes, où les paysans refusèrent d'y

recourir, et dangereux dans les grandes villes, où l'on se hâta d'en abuser (1).

SECTION IV

Le Code Civil

La tâche du rédacteur du Code Civil fut lourde ; il s'agissait de réorganiser la famille, de rendre au mariage le premier rang qu'il doit occuper dans les institutions civiles, donner satisfaction dans la mesure du possible au sentiment religieux sans froisser des convictions philsophiques sincères et surtout sans renier le grand bienfait de la sécularisation du droit.

Il s'en est tiré à honneur. Il s'est aussi occupé des enfants dans quelques dispositions éparses qui, après une éclipse de près de soixante-dix ans, furent remises en vigueur par la loi du 27 juillet 1884. Nous les étudierons en détail.

Précisons un seul point, c'est que le Code Civil avait admis le divorce par consentement mutuel qui fut en vigueur de 1804 à 1816 et ne reparut pas en 1884, et que, dans ce cas, les époux devaient rédiger une convention écrite pour décider à qui les enfants seraient confiés, soit pendant la durée des épreuves, soit après le divorce prononcé.

---

(1) Glasson, p. 51.

CHAPITRE II

Aperçu des Législations Etrangères

Afin de mettre un peu d'ordre dans l'étude des principales législations étrangères, nous les grouperons d'une façon très classique d'après leur origine. Cette division est, d'ailleurs, très logique, car l'influence d'une même origine entraîne des mœurs et des coutumes semblables, et par suite, au point de vue législatif, de nombreux points communs.

Nous examinerons donc successivement les pays de race Latine, les pays d'Influence Germanique, les pays Slaves, les pays Scandinaves et les Etats-Unis.

SECTION PREMIÈRE

Pays de Race Latine

Nous n'indiquerons ici que pour mémoire les diverses nations de ce groupe, car l'Italie, l'Espagne et le Portugal, pays essentiellement catholiques, ont toujours énergiquement repoussé le divorce.

Nous pouvons, ici, vérifier l'exactitude de ce que nous avancions dans le préambule de ce chapitre deuxième, sur la logique de notre groupement. Nous constatons, en effet, que les seules législations réfractaires au divorce sont placées sous une rubrique commune. On serait donc très mal fondé à venir nier l'efficacité de cette influence.

SECTION II

Pays d'influence Germanique

I. — *Allemagne :*

Nous ne nous reporterons pas aux diverses législations locales de l'Allemagne, qui n'ont plus aujourd'hui qu'une valeur éphémère, car la matière du divorce est réglée pour l'ensemble du territoire de l'Empire par le Nouveau Code civil en vigueur depuis le 1er janvier 1900.

L'on a fixé d'une façon définitive les causes du divorce : § 1565 à 1568.

1° Adultère ou crime assimilé (bigamie, crime contre nature);

2° Attentat à la vie;

3° Abandon du domicile conjugal pendant un an à partir du jugement ou de la sommation enjoignant à l'époux de rentrer.

Ce sont là des causes de divorce absolues, en ce sens qu'elles n'exigent que la constatation du fait incriminé.

A côté de celles-là, il y a des causes relatives qui sont livrées, quant à la gravité, à l'appréciation du tribunal : injures, sévices graves, mauvais traitements, aliénation mentale, etc.

Quelle que soit la cause pour laquelle ait été prononcé le divorce, la garde des enfants doit être en principe confiée à l'époux innocent; au cas de torts réciproques, la garde d'un fils âgé de moins de six ans

ou d'une fille doit être donnée à la mère, celle des fils de plus de six ans au père (1).

Le tribunal peut d'ailleurs régler autrement la situation, si l'intérêt des enfants paraît l'exiger. En tout état de cause le père reste le représentant de son enfant, cependant la mère qui n'a pas la garde, conserve néanmoins le droit de voir son enfant. § 1635-6.

Nous constatons donc que, en dehors de la garde qui peut être donnée à la mère, le père reste le représentant de son enfant, c'est-à-dire conserve tous les autres attributs de la puissance paternelle

II. — *Angleterre :*

Bien que l'Angleterre soit protestante, le divorce n'a été admis que très tard. Il exista en fait, à partir du XVIIe siècle, mais resta pour ainsi dire l'apanage des riches, à cause des frais énormes qu'occasionnait les procès. L'opinion publique s'émut et le divorce fut établi par un bill qui devint la loi du 28 août 1857.

Il n'y a en Angleterre qu'une seule cause de divorce : l'adultère. Mais tandis que pour la femme le fait de l'adultère est en lui-même suffisant, il faut pour le mari que l'adultère soit accompagné de certaines circonstances aggravantes : bigamie, inceste, rapt, crime contre nature, cruauté. Par cette expression vague de cruauté on conprend les excès et sévices, menaces, aliénation mentale, etc. (2).

---

(1) Lehr : Le Mariage et le Divorce, page 84, nº 169.

(2) Glasson : Le Mariage civil et le Divorce, page 98.

La législation anglaise donne une curieuse raison de cette différence entre l'adultère de la femme et celui du mari ; il serait trop commode au mari, dit-elle, pour recouvrer sa liberté de prendre une maîtresse !

Lorsque le divorce est prononcé, et même au cours de l'instance, le juge peut prescrire les mesures qu'il estime nécessaires pour la garde et l'éducation des enfants ; mais jusqu'à ce qu'il en soit décidé autrement, le père est réputé être leur gardien naturel.

La mère peut prendre auprès d'elle son enfant jusqu'à seize ans, sous les conditions qu'il plaira à la Cour de poser, et sauf le droit pour le père ou tuteur de voir l'enfant aux lieux et jours fixés (1). Au reste, la loi prévoit l'hypothèse d'un accord entre le père et la mère et le déclare parfaitement valable, bien qu'il confère à la femme la garde de l'enfant ; la Cour reste seulement maîtresse d'opposer son veto à cet arrangement, si elle le juge préjudiciable aux enfants (2). C'est, en somme, une sorte de tutelle sur les enfants des époux divorcés que s'attribue la haute magistrature anglaise.

III. — *Suisse :*

La matière du divorce est régie pour l'ensemble du territoire helvétique par la loi fédérale du 24 décembre 1874.

Le divorce peut être prononcé :

1° Pour cause d'adultère s'il n'y a pas plus de six

---

(1) Loi du 24 avril 1873.

(2) Lehr : Le Mariage, le Divorce et la Séparation de Corps, p. 230.

mois depuis que l'époux offensé en a eu connaissance;

2° Pour cause d'attentat à la vie, de sévices ou d'injures graves;

3° Pour cause de condamnation à une peine infamante;

4° Pour cause d'abandon du domicile conjugal depuis deux ans, lorsque une sommation fixant un délai de six mois pour le retour est restée infructueuse;

5° Pour cause d'aliénation mentale durant depuis plus de trois ans et déclarée incurable (art. 46).

A côté de ces causes directes et déterminées, l'on trouve des circonstances qui peuvent provoquer indirectement le divorce; sur le vu de ces circonstances, le tribunal peut prononcer une séparation provisoire qui peut être convertie en divorce après deux ans, si le tribunal le juge à propos (art. 47).

Cette loi fédérale de 1874, bien qu'embrassant tout le mariage et le divorce, n'a pas voulu s'occuper des effets du divorce sur la personne des époux, sur leurs biens, sur l'éducation et l'instruction des enfants; ces effets seront réglés d'après la législation du canton à la juridiction duquel le mari est soumis. C'est donc à la législation cantonale que nous devons nous reporter afin d'examiner les effets du divorce sur la puissance paternelle.

Voici quelques dispositions principales :

A *Genève*, une loi du 5 avril 1876 (art. 120-121-122-123), reproduit presque mot pour mot les règles formulées par notre Code Civil.

A *Zurich* (C. c. 223-227), les enfants sont confiés à

la mère jusqu'à cinq ans révolus; passé cet âge, au père sauf telle autre mesure que les autorités tutélaires jugeraient préférable dans l'intérêt des enfants.

Le Code de *Schaffouse* adopte la limite de six ans au lieu de cinq ans (210-214) (1).

A *Lucerne*, le tribunal décide souverainement à qui doit être confiée la garde des enfants et imposé leur entretien.

A *Soleure*, les enfants doivent être remis en principe à l'époux innocent.

Dans les cantons de la *Suisse Romande* on a maintenu dans leur essence les règles contenues dans les articles 302 à 305 de notre Code Civil français.

A *Bâle*, le tribunal doit prendre d'office les mesures qu'il juge les plus conformes à l'intérêt des enfants, tout en confiant de préférence ceux-ci à l'époux innocent, s'il n'y a pas de graves motifs pour faire autrement (2).

La loi du canton de *Glaris* de 1870 confie, en règle générale, les enfants à la mère jusqu'à l'âge de six ans; les fils sont remis au père après cet âge en vue de leur éducation, et les filles demeurent auprès de la mère. Les pouvoirs absolus des tribunaux peuvent, néanmoins, modifier ces règles en toute liberté. Cette loi (art. 81), prévoit aussi le cas de mariage mixte, et elle décide que les enfants seront confiés autant que

(1) Lehr : page 423.

(2) Lehr : page 424.

possible à la personne dans la confession de laquelle ils ont été élevés jusqu'alors avec la volonté du père (1).

IV. — *Autriche :*

Le divorce n'est admis dans la législation autrichienne que pour les mariages contractés entre personnes dont aucune des deux n'était catholique au moment de la célébration (art. 111), et l'époux qui, catholique à ce moment, change plus tard de religion, ne peut cependant divorcer (2).

Les causes du divorce pour les non-catholiques sont :

1° L'adultère ;

2° Condamnations à la « Kerkestraf » (3) pendant cinq ans au moins où à une peine supérieure ;

3° Abandon du domicile conjugal par un conjoint qui n'a pas reparu dans le délai d'un an à partir de la sommation qui lui a été faite ;

4° Attentats mettant en danger la vie et la santé ;

5° Sévices graves et réitérés ;

6° Aversion insurmontable.

Le divorce prononcé, si les époux n'ont pas décidé d'un commun accord à qui incombera la garde et l'éducation des enfants, le tribunal veille, d'office, et sans admettre de débat sur ce point, à ce que les garçons, jusqu'à qutre ans révolus, les filles jusqu'à

---

(1) Barbier : Thèse, page 32.

(2) Décision ministérielle du 14 juillet 1864.

(3) Cette peine correspond à notre réclusion et à nos travaux forcés, non comme régime mais comme gravité.

sept ans, soient élevés par la mère aux frais du père (1). C'est une des rares législations, fort heureusement d'ailleurs, où le tribunal doit juger d'une façon mécanique selon l'âge de l'enfant, sans se laisser influencer par d'autres considérations.

La législation autrichienne contient encore quelques curieuses dispositions, spéciales au divorce des juifs. Ils peuvent divorcer *par consentement mutuel*, à la condition de se présenter préalablement devant le rabbin, qui essaie de les réconcilier.

D'autre part, l'adultère du mari n'est jamais pour eux cause de divorce (2) (Cod. Civ. art. 133 et 134).

V. — *Hongrie :*

Le divorce est régi en Hongrie par la loi matrimoniale de 1894 (§ 73 et suiv.) Les causes en sont :

1° L'adultère ou un crime contre nature de l'un des époux ;

2° Le fait de contracter un nouveau mariage sachant que le précédent subsiste ;

3° Abandon du domicile conjugal ayant duré plus de six mois à partir de la sentence judiciaire ou de la sommation adressée ;

4° Attentat à la vie ou sévices mettant en danger l'intégrité corporelle ou la santé ;

5° Condamnation à mort ou à cinq ans au moins de réclusion ou travaux forcés ;

---

(1) Lehr : page 108.

(2) Weiss : Traité de Dr. Intern. privé, page 585 et 586.

6° Grave manquement intentionnel aux devoirs d'un époux ;

7° Fait d'entraîner ou de chercher à entraîner un enfant appartenant à la famille des époux à un acte immoral ou criminel ;

8° Pour cause d'inconduite incorrigible ;

9° Condamnation postérieure au mariage à moins de cinq ans de réclusion ou de travaux forcés, ou même à l'emprisonnement pour une infraction commise par amour du lucre.

Il faut observer que dans ces quatre derniers cas, le juge ne prononce le divorce que si ces faits sont de nature à bouleverser les relations conjugales, au point de rendre la vie commune insupportable à l'époux innocent (1).

Le jugement de divorce statue également sur la garde et l'entretien des enfants mineurs.

Sauf convention contraire des parents, les enfants sont laissés jusqu'à sept ans à la mère sans distinction de sexes, passé cet âge, ils sont remis à l'époux innocent. Si le divorce a été prononcé aux torts réciproques des èpoux, les fils sont confiés au père, les filles à la mère. Néanmoins, même au cas d'accord entre les époux, le juge, tenant compte des circonstances et de l'intérêt des enfants, peut enfreindre les règles susénoncées et confier les enfants à une tierce personne (2). Si le juge ne se trouve pas suffisamment

(1) Lehr : page 122.
(2) — — 125.

renseigné par les faits allégués au procès pour pouvoir statuer immédiatement sur la garde des enfants, il doit s'abstenir de se prononcer et renvoyer ces questions à la décision des autorités tutélaires, en leur communiquant le dossier. Ces autorités peuvent même intervenir après que le juge a statué, si les circonstances viennent à changer.

L'on ne peut que louer le législateur Hongrois des efforts généreux qu'il a fait pour remédier à la situation déplorable des enfants après le divorce.

VI. — *Hollande :*

Le Code Hollandais de 1838 ne s'écarte guère des dispositions de notre Code ; les causes de divorce sont :

1° Adultère des époux, et à cet égard il faut observer que la législation hollandaise ne distingue pas entre l'adultère du mari et celui de la femme ;

2° Excès et sévices graves ;

3° Condamnation à une peine infamante ;

4° Abandon du domicile conjugal pendant cinq ans au moins ;

5° Séparation de corps ayant duré cinq ans (1).

La législation Hollandaise n'a rien de bien intéressant au point de vue de la question qui nous occupe, car les dispositions relatives à la matière sont calquées sur notre Code (2).

---

(1) Weiss : page 584 et 585.

(2) Glasson : page 103.

SECTION III

Pays Slaves

La caractéristique des pays Slaves quant au divorce, c'est que ce dernier est appliqué avec beaucoup de circonspection.

I. — *Russie :*

Les causes du divorce sont :

1° L'adultère de l'un ou de l'autre époux ;

2° Condamnation de l'un des époux à une peine emportant dégradation civique;

3° Absence de l'un des époux depuis cinq ans au moins;

4° Impuissance antérieure au mariage (1).

La situation des enfants au point de vue de la puissance paternelle est fort simple en Russie; comme dans tous les pays Slaves, ils restent dans tous les cas sous l'autorité du père, qui garde la puissance paternelle dans son intégrité absolue.

II. — *Serbie :*

Le Code Serbe de 1844 a subi l'influence de la civilisation orientale ; il ne reconnaît pas le mariage civil, il n'admet que le mariage religieux ; néanmoins il établit le divorce.

Il reconnaît comme causes celles prévues par la loi française.

(1) WEISS : page 581.

Il autorise, en outre, le divorce :

1° Si l'un des conjoints abjure la foi chrétienne ;

2° Au cas d'absence préméditée.

Au reste le divorce est très peu usité en Serbie ; le mariage est considéré comme à peu près indissoluble, c'est à peine si la mort peut le rompre, car d'après les vieilles croyances, les époux continuent à vivre ensemble pendant l'éternité (1).

III. — *Bulgarie :*

En Bulgarie, le mari peut divorcer :

1° Si sa femme était à son insu enceinte lors du mariage ;

2° Si elle devient folle.

Cependant il doit entretenir sa femme divorcée pendant toute sa vie.

Les enfants, comme en Russie et en Serbie, restent avec le père, et si la mère peut emmener l'enfant à la mamelle c'est à la condition de le rendre plus tard.

Néanmoins, dans tous les pays confins de l'Autriche, tous les petits enfants restent provisoirement à la mère, et les filles nubiles ont le choix de demeurer avec l'un ou avec l'autre de leurs parents, mais le père doit toujours les doter, même lorsqu'elles ont préféré demeurer avec leur mère (2).

---

(1) Glasson : page 202.

(2) — — 203.

SECTION IV

Pays Scandinaves

Chez les peuples Scandinaves, la famille est encore organisée selon les mœurs d'autrefois; les femmes continuent à être le plus souvent placées dans un état tout à fait inférieur, mais cette infériorité est encore plus sensible en Suède qu'en Danemark.

I. — *Danemark* :

Le Danemark est régi par le Code de Christian V de 1687. Le divorce peut être demandé :

1° Pour adultère de l'autre époux, à moins que le demandeur ne se soit rendu coupable du même fait ou de quelque autre méfait grave;

2° Par suite d'une condamnation de l'autre époux à une peine perpétuelle;

3° Pour cause d'abandon injustifié pendant trois ans au moins;

4° La législation Danoise admet enfin le divorce par consentement mutuel, mais seulement après que les époux ont été séparés pendant trois ans (1).

Quant aux enfants, si les époux divorcés ne s'entendent pas sur l'attribution à l'un ou à l'autre d'entre eux, c'est à l'époux innocent qu'ils doivent être confiés de préférence. S'il n'est pas à même de les élever, le

(1) Weiss : page 382.

juge apprécie s'il vaut mieux les remettre à l'autre ou à un tiers (1). Sur ce point il y a similitude avec la Suède et la Norvège, nous n'en reparlerons pas.

II. — *Suède* :

Les causes de divorce admises par le Rikeslag de 1734 sont :

1° L'adultère ;

2° La désertion malicieuse du domicile conjugal ;

3° L'absence prolongée ;

4° L'impuissance ou la stérilité absolue ;

5° Une maladie contagieuse et incurable.

Mais dans ces deux derniers cas il faut que la personne malade ou infirme ait dissimulé frauduleusement et ainsi induit l'autre conjoint au mariage.

III, — *Norvège* :

Cette nation est régie par le Code de 1687 qui admet comme causes du divorce :

1° L'adultère ;

2° L'abandon du domicile conjugal pendant trois ans au moins ;

3° L'absence d'au moins sept ans ;

4° La condamnation aux travaux forcés à perpétuité (2) ;

5° Enfin le consentement mutuel, s'il est précédé d'une séparation de corps ayant duré trois ans, mais

---

(1) Lehr : page 396 et 397, n° 940.

(2) Ordonnance du 18 décembre 1750.

en ce cas le divorce n'a lieu que par permission du roi (1).

SECTION V

Etats-Unis

Aux Etats-Unis la conception du mariage est bien différente de celle des autres pays : il suffit du seul échange de consentement entre les parties, au cours d'une promenade par exemple, pour qu'il y ait union.

Le divorce doit en principe être prononcé par les tribunaux de chacun des pays, selon leurs lois particulières.

Les causes de divorce sont parmi les plus universellement reconnues :

1° L'adultère, s'il n'y a pas réciprocité;

2° Excès sévices ;

3° Abandon non justifié du domicile conjugal.

La législation américaine paraît entrer dans la voie de l'extension du divorce. Dans le *Maine,* les tribunaux sont autorisés à prononcer le divorce pour n'importe quelle cause, même non prévue par la loi, pourvu qu'elle leur paraisse le justifier suffisamment (2).

Coup d'œil rétrospectif sur les législations étrangères

Les lois qui resserrent le plus le lien du mariage sont sans contredit celles des peuples latins. C'est

(1) Ordonnance du 18 octobre 1811.

(2) LEHR : page 205 et 206, n° 436.

dans les lois des peuples Germaniques, en mettant l'Angleterre à part, que ce lien se trouve le plus relâché. Les lois Slaves et Scandinaves tiennent le milieu ; elles sont à la fois moins sévères que les premières et beaucoup plus rigoureuses que les secondes.

En nous plaçant au point de vue de la puissance paternelle, nous voyons que, à part de rares exceptions, ces législations ne s'occupent que de la garde des enfants, laissant de côté les autres attributs.

Quant à la garde, l'idée qui domine, c'est l'intérêt des enfants, et les tribunaux peuvent déroger aux règles générales et précises des divers Codes, en raison de cet intérêt.

LÉGISLATION ACTUELLE

La puissance paternelle étant un droit pour l'enfant, pour examiner l'influence du divorce sur cette puissance, il faut voir à propos de chacun des éléments qui la composent quelles modifications ont été apportées par le divorce à l'état des enfants.

Notre Code n'a consacré que trois articles au règlement de la situation, faite aux enfants par le divorce. Statuant moins en droit qu'en fait, ses dispositions assurent les rapports quotidiens des enfants avec leurs parents divorcés, leur bien-être physique, leur éducation même ; ce sont là les points assurément les plus importants à préciser. Il est, néanmoins, très intéressant de savoir ce que deviennent les autres éléments de la puissance paternelle.

La garde de l'enfant, son éducation, ont, à juste titre, intéressé spécialement le législateur, mais on ne peut les comprendre sans les rapprocher des autres attributs avec lesquels elles ne forment qu'un tout et sur lesquels on a négligé de statuer.

Cependant, aux dispositions sur la garde se bornent les indications fournies par la loi touchant l'influence du divorce sur le rapport des époux avec leurs enfants ; laissant ainsi de côté le principe même de la puissance paternelle, et avec ce principe ses

principales applications, le droit de correction, le droit d'administration légale, etc. Le jurisconsulte ne trouve pas son compte à ce laconisme qui laisse le champ libre à bien des hésitations et à bien des doutes.

Nous allons donc nous occuper, en premier lieu, avec le législateur, de la garde des enfants, que nous traiterons en détail, disant à propos de cet attribut bien des choses qui s'appliqueront aux autres.

Nous traiterons ensuite des autres attributs de la puissance paternelle, suppléant dans la mesure du possible au silence de la loi, en nous fondant sur les principes généraux.

La division de notre matière est donc la suivante :

Première partie : *Garde des Enfants* (entretien, éducation).

Deuxième partie : *Autres attributs de la puissance paternelle.*

PREMIÈRE PARTIE

Garde des Enfants

La garde des enfants est certainement l'attribut le plus important de la puissance paternelle. La jurisprudence et certains auteurs estiment même qu'il entraîne tous les autres.

Jusqu'à la dissolution du mariage, la puissance paternelle persiste intacte en principe entre les mains du mari. Il semble donc inutile, pour envisager les modifications que peut faire subir le divorce à l'autorité paternelle, d'examiner la situation pendant l'instance et qu'il suffise de se placer après la prononciation du jugement de divorce. Nous serons obligés cependant de suivre pas à pas la marche de l'instance, car la garde des enfants peut, au cours de la procédure, être remise à la femme; dès ce moment l'autorité paternelle est vacillante entre les mains du mari et perd de son intégrité.

Néanmoins, durant l'instance, c'est la garde et l'éducation des enfants qui peuvent seules subir des modifications. Tant que le divorce n'a pas été prononcé, il n'y a pas encore d'époux coupable et la

présomption de l'article 302 est inapplicable. Quel motif à ce moment de dépouiller le mari, même défendeur, des prérogatives attachées à la puissance paternelle : elle restera donc au père, et s'il y a une restriction pour la garde et l'éducation, ce n'est que dans l'intérêt exclusif et bien entendu des enfants.

CHAPITRE PREMIER

Pendant l'Instance

Il faut en commençant poser comme principe que, pendant l'instance comme après le divorce, l'intérêt des enfants est le régulateur suprême. Leur plus grand avantage, telle est la règle qui doit faire fléchir toute autre considération, règle qui s'impose au juge. Cette raison est la seule qui soit de nature à faire enlever au père la garde de ses enfants : ce sera l'exception.

La garde des enfants en effet doit, autant que possible, être confiée de préférence au père, car en vertu de l'article 373 du Code civil, c'est à lui qu'appartient l'exercice de la puissance paternelle pendant le mariage et les effets légaux du mariage se continuent pendant l'instance (1). Cependant les tribunaux peuvent en décider autrement (2). Aussi lorque la garde des enfants a été confiée à la mère, il appartient aux tribunaux de régler les conditions dans lesquelles le père, qui conserve la puissance paternelle malgré

(1) Paris 28 janv. 1896 ; *Gaz. Pal.* 18 fév. 1896 ; Fonvielle, p. 75 ; Coulom, t. iv., p. 256.

(2) Paris 22 nov. 1892 ; Dal. 93. 2. 523 ; Vazeille : t. 2, n° 572 ; Massol, p 151, n° i ; Duranton : t. 2, n° 616.

l'instance, pourra exercer librement les autres attributs de la puissance paternelle (1).

On a été même plus loin et il a été jugé que la mère, qui se serait emparé des enfants au mépris des droits du père, et en dehors de toute décision du juge lui en confiant la garde, devrait être déclarée déchue du droit de solliciter ensuite du tribunal la confirmation du fait accompli (2).

Nous ne nous rangeons pas à cette solution, car les déchéances sont de droit étroit et nul texte ne vient indiquer cette déchéance. De plus, il ne faut pas que les enfants soient atteints indirectement par la prétendue déchéance encourue par leur mère.

Puisque le père doit conserver en principe la puissance paternelle, la partie de jugement qui, en l'absence de conclusions sur ce point, déclare que la garde des enfants restera provisoirement au père, ne doit être considérée que comme simple indication conforme à la loi, et non comme renfermant une décision contentieuse. Comme conséquence pratique, elle ne saurait être attaquée par voie d'appel devant la Cour (3).

Suivons maintenant l'enfant au cours des diverses phases de ce duel judiciaire moderne.

---

(1) Cass. 24 juillet 1898, S. 79, 1, 124 ; Cass. 2 février 1875, S. 75, 1, 393.

(2) Trib. de Louvain, 15 juillet 1874. (V. Griffont, page 320, Comment. art. 240.)

(3) Paris, 5 mars 1886. D. 87, 2, 190

SECTION PREMIÈRE

Presentation de la Requête

Muni d'une requête, soigneusement établie par un avoué pour bien faire ressortir les griefs et bien mettre en lumière les injures de l'autre époux, celui qui prend l'initiative de la lutte comparaît en Chambre du Conseil devant le Président du Tribunal. Celui-ci peut ainsi se rendre compte de la nature des faits incriminés et en contester la gravité.

Ses remontrances demeurées infructueuses, il rend une ordonnance, enjoignant aux époux de comparaître devant lui à un jour fixé.

La co-habitation peut, dès cet instant, devenir dangereuse pour les époux, aussi la loi permet-elle d'une façon certaine au juge d'autoriser la résidence séparée de la femme. Se préoccupe-t-on à ce moment-là des enfants ? Le Président peut-il, si la mère le demande, les soustraire à la puissance du père ?

La plupart des auteurs répondent qu'en l'absence d'un texte, l'on ne peut songer à enlever au père le plus bel attribut de l'autorité paternelle.

Quant à nous, nous nous joignons à la minorité pour reconnaître ce pouvoir au Président. Il peut être dangereux, en effet, pour les enfants, durant cette phase, de rester entre les mains du père. Celui-ci, par exemple, se conduit mal, est brutal, alcoolique peut-être ; toutes les raisons énumérées dans les diverses décisions jurisprudentielles qui interviennent à toute autre

période du procès et que personne ne conteste, peuvent s'appliquer ici. En fait, cela est certain.

Cette théorie peut, d'ailleurs, très bien se soutenir en droit. L'article 238, alinéa 2, parlant des mesures provisoires ou conservatoires durant la deuxième phase, de la garde des enfants notamment, dit : *A nouveau.*

Il faut donc admettre que l'on a pu déjà statuer sur ce point, par conséquent lors de la présentation de la requête. Vainement objecte-t-on que ces mots ont trait seulement à la résidence des époux, les mots *à nouveau* se rapportent à toutes les mesures, car ils commandent toute la phase qui constitue l'alinéa 2, et doivent s'appliquer aussi bien à la garde qu'à la résidence des époux.

Remarquons, en outre, que cet alinéa se termine par ces mots : *Et il a la faculté également de statuer s'il y a lieu sur la demande d'aliments.*

On sent ici, par l'écartement voulu de la demande d'aliments dans la phrase, comment le Président statue pour la première fois lors de l'essai de conciliation. Si le législateur avait voulu qu'il en fut ainsi pour la garde, il aurait renvoyé les mots *garde des enfants* au fond de la phrase.

L'objection la plus sérieuse que l'on pourrait formuler serait tirée de l'absence du défendeur, qui, n'étant pas là, ne peut présenter les observations utiles à sa défense; le Président ne pourra se prononcer en connaissance de cause, et en outre sa décision n'est pas susceptible d'appel.

Nous répondons que le Président ne déterminera

dans cette hypothèse à enlever la garde au père, que pour des raisons graves et pour un avantage évident des enfants.

De plus, ces mesures ont un caractère provisoire et sont destinées à durer fort peu ; au bout de quelques jours, le défendeur sera admis devant le Président pour l'essai de conciliation et pourra obtenir de lui une modification à ces premières mesures (1).

SECTION II

Essai de Conciliation

Si l'intervention du Président en matière de garde est discutée durant la première phase, les termes formels de l'article 238, alinéa 2, écartent toute difficulté à ce sujet lors de l'essai de conciliation. Le magistrat conciliateur obtient ainsi un pouvoir que l'ancien article 267 réservait au tribunal. Il a le même droit d'appréciation que le tribunal lui-même et son ordonnance produit des effets identiques à ceux du jugement rendu sur ce point.

Cette innovation, œuvre de la loi du 18 avril 1886, est très heureuse et se justifie par les meilleures raisons. Les parties se trouvent toutes les deux réunies dans le cabinet du président du tribunal, elles peu-

---

(1) En ce sens : BAUDRY-LACANTINERIE : Des pers. t. 3., p. 112 ; *Contra* : CARPENTIER : op. lit. n° 963 ; COULOM : Le Divorce. Com. de l'art. 238 ; DALLOZ : Supp. au Répert. page 356, n° 186 ; Grenoble, 2 mai 1864. D. 65. 2. 145.

vent exposer leurs raisons, leurs défenses, discuter en un mot l'opportunité de telle ou telle mesure provisoire (1). Elles sont, il est vrai, leurs propres avocats, mais elles n'ont qu'à discuter des faits qu'elles connaissent mieux que personne (2). Au reste, si ces mesures sont graves en elles-mêmes, l'importance de la décision qui y est relative est très atténuée par le caractère de provisoire. Faites pour la durée de l'instance, elles sont destinées à finir avec elles ; mieux encore elles peuvent être modifiées à tout instant au cours de la procédure. Néanmoins, les mesures prescrites par l'ordonnance du Président pour les visites du père à son enfant, restent en vigueur jusqu'à ce que le jugement qui a statué sur la demande en divorce ait acquis l'autorité de la chose jugée (3).

La meilleure justification de ce pouvoir donné au magistrat conciliateur, c'est le caractère d'urgence des mesures demandées. Il importe, par exemple, beaucoup, qu'un enfant soit arraché le plus vite possible à de funestes compagnies, à de mauvais traitements. C'est, en se fondant sur cette idée, et, en l'accentuant

---

(1) Depeiges : n° 69 ; Dalloz : Supplément au répertoire p. 363, n° 258.

(2) Sous l'empire de l'art. 878, Cod. Proc. civ. La jurisprudence avait reconnu au Président ce droit au moins comme juge des référés en matière de séparation de corps, (Caën 1er juil. 1867, D. 67, 5, 390. Req. 15 juil. 1879, D. 81, 1, 209.) Or, pourquoi ne pas confier au Président comme conciliateur ce qu'il peut faire comme juge des référés.

(3) Trib. de la Roche-sur-Yon, 1er avril 1903, *Gazette Trib.* 28 mai 1903.)

encore, que l'article 238, alinéa 3, dit : *l'ordonnance du juge sera exécutoire par provision,* nonobstant appel. Lorsque la décision est rendue, l'on peut en demander l'exécution immédiate (1). C'est pour les mêmes raisons que la jurisprudence a étendu les dispositions de cet article aux décisions du tribunal statuant sur les mêmes objets (2). Toujours cette idée d'urgence qui domine toute la matière.

Cette idée d'urgence, par une association d'idées bien naturelles, nous fait songer aux jugements de Référés et nous nous demandons si le Président ne peut prescrire l'exécution de son ordonnance sur la minute même, comme le permet l'article 811 du Code de Procédure civile au juge des Référés ?

L'on peut, nous semble-t-il, en dédoublant en quelque sorte la tâche du magistrat conciliateur, discerner en lui deux rôles bien distincts. Son premier rôle est d'être conciliateur, son deuxième rôle est d'être juge du provisoire. L'on peut trouver dans ce deuxième caractère le point de ressemblance et même l'assimilation avec le juge des Référés : il agit comme lui. Ce droit lui a, d'ailleurs, été formellement reconnu par un arrêt de la Cour d'Orléans du 25 mai 1898 (3) qui dit : *L'exécution de l'ordonnance prescrivant les*

(1) Paris, 21 janv. 1895, S. 97. 2. 137.

(2) Trib. de Poitiers, 9 juil 1889. *Gaz. Pal.* 19 avril 1890.

(3) Orléans, 25 mai 1898. *Gaz. Pal.* 98. 1. 767.

mesures provisoires peut être ordonnée en cas d'absolue nécessité sur la minute même (1).

Le droit nettement reconnu au Président de statuer sur la garde peut-il l'exercer d'office? L'article 240 semble résoudre la question dans le sens de l'affirmative; mais le pouvoir exceptionnel qu'attribue cet article aux tribunaux de statuer même d'office sur la garde des enfants, ne paraît pas devoir être étendu au Président siégeant en conciliateur. Tous les articles qui parlent de la conciliation évoquent, au contraire, l'idée de réquisition. L'article 236 dit : *Le juge peut, par l'ordonnance permettant de citer, autoriser l'époux demandeur à résider séparément.* Et l'article 238, alinéa 2, dispose *que le juge statue à nouveau... et il a la faculté également de statuer sur la demande d'aliments.*

Et cependant certains auteurs, notamment Vraye et Gode (2) lui reconnaissent ce droit et vont même jusqu'à lui concéder la faculté de prescrire d'office toutes les mesures que l'intérêt des enfants semblerait commander; en deux mots, assimilation complète avec les pouvoirs du tribunal.

Quant à nous, nous soumettons le Président à l'obligation d'être requis pour se prononcer sur la situation des enfants. Il faut même restreindre encore la liste de ceux qui peuvent présenter une

---

(1) Dalloz : supp. répert. page 363, n° 260.

(2) Vraye et Gode : op. civ. t. 2, n° 521.

réquisition durant cette phase du procès et en écarter les membres de la famille et le ministère public. Il ne reste donc plus que les deux époux : laissons-leur ce soin, eux seuls peuvent apprécier l'opportunité de telle ou telle mesure, eux seuls ont qualité pour intervenir auprès du Président et les provoquer (1).

Et même, normalement, la réquisition ne peut venir que du côté de la femme, elle seule y a intérêt, car le mari, en principe, conserve la puissance paternelle dans son intégrité tant qu'il n'en a pas été ordonné autrement, sans que le Président ait à distinguer suivant que l'instance est dirigée pour ou contre lui (2).

Le Président fait tous ses efforts pour ramener un peu de calme dans l'esprit des époux et essayer de les réconcilier. Souvent il ne réussira pas, il rend alors une ordonnance par laquelle il donne au demandeur le permis de citer. Il statue également sur la résidence de la femme et sur la garde des enfants s'il y a lieu.

Le demandeur doit mettre à profit son droit de saisir le tribunal dans un délai qui ne peut excéder vingt jours. S'il laisse passer ce délai sans agir, les mesures provisoires cessent de plein droit. Cela a pour but d'empêcher que le demandeur, après avoir

---

(1) *a)* Paris, 21 janv. 1895, S. 97, 2, 137, (note de Tissier) ; *b)* V. Carpentier : n° 1245 ; *c)* Griffond : (supplément) Comment. de l'art. 238, § 303.

(2) Paris, 22 nov. 1892. S. 94, 2, 70.

obtenu les mesures qu'il désirait, ne restât indéfiniment dans le *statu quo*. Il y a néanmoins un revers, c'est l'obligation pour le demandeur de prendre parti dans un délai très bref, alors qu'il hésite peut-être à continuer d'exercer son action (1).

Nous avons jusqu'ici supposé que le défendeur se présentait à la conciliation, mais il peut arriver qu'il ne comparaisse pas. Le Président rend alors son ordonnance par défaut. Certains auteurs se sont demandés si, en ce cas, les mesures provisoires étaient susceptibles d'opposition?

La question est controversée, mais en l'absence de règles spéciales, on doit appliquer l'article 809 du Code de Procédure civile, par analogie avec les ordonnances de Référés, qui ne peuvent être frappées d'opposition. De plus, l'opposition n'était jamais admise autrefois en matière de divorce, et si la loi nouvelle avait voulu innover sur ce point, elle aurait dû s'expliquer nettement et indiquer au moins, en ce cas, de quel jour part le délai d'appel (2). La question ne se pose plus dans le cas où l'ordonnance est rendue en présence des deux parties. En ce cas, si l'un des époux juge à propos de se pourvoir contre l'ordonnance du Président, il le peut, en se fondant sur l'article 38, alinéa 3, du Code civil. Cet article dit

---

(1) V. en ce sens le discours de M. Allou, à la séance du Sénat du 10 décembre 1885.

(2) Vraye et Gode : tome I, n° 245 ; Carpentier : La loi du 18 avril 1886, n° 72, p. 100 ; *Contra :* Depeiges : n° 74.

en effet : *Cette ordonnance est susceptible d'appel dans les délais fixés par l'article 809 du Code de Procédure civile,* c'est-à-dire dans un délai de quinzaine.

A qui va s'adresser l'époux qui se croit lésé? Pas au tribunal assurément, car on ne saurait ériger le tribunal en juge d'appel des décisions de son Président : ce serait contraire à toutes les règles. Il faut donc porter l'affaire devant la Cour d'appel.

Mais il peut arriver que la Cour ne se prononce pas immédiatement, et que le demandeur ait mis à profit son permis de citer. Il a saisi le tribunal avant que la Cour ait statué. Que va-t-il se passer? Que va devenir l'appel pendant devant la Cour?

Le tribunal est désormais libre de se prononcer selon son gré sur les mesures provisoires (article 238, alinéa 5 du C. C.); de sorte que l'arrêt de la Cour n'offre que peu d'intérêt, pouvant être modifié dans tous les cas par le tribunal, usant de son droit d'ordonner de nouvelles mesures aussi souvent que les circonstances lui paraîtront l'exiger. Faut-il en conclure que la Cour est dessaisie? Cette question a été très diversement résolue par les juristes; ils ont émis sur la question les opinions les plus divergentes.

D'après une première solution proposée, les auteurs concluent au dessaisissement de la Cour, l'appel ne peut plus être interjeté lorsque le tribunal a été saisi de la demande en divorce. En ce sens divers arrêts (1).

---

(1) Bordeaux, 3 juin 1892, D. 92, 2, 522 ; Poitiers, 9 mai 1887, S. 89, 2, 9 ; Paris, 27 juin, 1888, S. 89, 2, 9 ; Paris, 5 avril 1889, *Gaz. Pal.* 1889, 1, 761.

Les partisans de cette théorie se fondent sur les discussions préparatoires de la loi. Sur la question ainsi posée, disent-ils, M. Batbie répondit au rapporteur : « *En ce cas la Cour est dessaisie.* » Cette discussion elle-même fournit un argument pour repousser ce système. L'on voit en effet que lorsque l'on proposa de voter un article affirmatif à ce sujet, ce projet ne fut pas mis à exécution et la phrase additionnelle fut rejetée comme étant contraire aux principes.

Dans une seconde opinion, on se prononce nettement pour la négative, c'est-à-dire pour le maintien de l'appel : La Cour n'a pas à se dessaisir. Comment admettre, dit-on, dans cette théorie, que le demandeur puisse à son gré rendre l'appel inefficace, soit qu'il le fasse tomber, soit qu'il empêche de l'interjeter (1).

Entre ces deux opinions, également radicales en sens inverse, certains auteurs préconisent un système intermédiaire. Ils admettent que la Cour reste saisie de l'appel interjeté avant que la demande ne soit portée devant le tribunal, mais que l'appel ne peut plus être formé, dès que le tribunal a été saisi de la demande principale. Nous nous rangeons quant à nous à cette dernière solution qui peut invoquer l'autorité de Carpentier et qui a été sanctionnée par de

---

(1) Cass. 29 juin 1892, D. 92, 1, 553 ; Bordeaux, 14 mars 1899, D. 1900, 2, 227.

nombreuses décisions jurisprudentielles (1). Le tribunal peut en effet modifier les mesures de l'ordonnance si les circonstances de fait ont changé, tandis que la Cour n'a à envisager que la situation des époux au moment où l'ordonnance a été rendue.

SECTION III

Devant le Tribunal

Le demandeur a mis à profit dans le délai de vingt jours le permis de citer, et l'affaire est maintenant pendante devant le tribunal.

Bien qu'il ait été déjà statué sur la garde par le magistrat conciliateur, le tribunal peut, néanmoins, au cours de l'instance, prendre certaines mesures.

Il le peut d'abord, si le Président n'a rendu aucune décision sur ce point (il sera alors appelé à statuer pour la première fois), ou bien pour compléter les lacunes de l'ordonnance du conciliateur.

Il peut même modifier les mesures prises, si les circonstances de fait ont changé ; il ne s'agit pas pour lui, en ce cas, d'infirmer ou de confirmer l'ordonnance du Président (la Cour d'appel a seule ce droit), il rend une décision nouvelle qui se substitue à l'or-

---

(1) Carpentier : n° 1685 ; C. de Nîmes, 13 février 1889, *Gaz. Trib.* 2 mars 1889 ; C. de Cass. 29 juin 1892, D. 92. 1, 553, note de Loynes ; Toulouse, 5 décembre 1892. *Gaz. Pal.* 93, 1, 67 ; Paris, 24 décembre 1890, S. 91, 2, 55 ; *Contra*, Bordeaux, 12 mai 1896, S. 97, 2, 192.

donnance antérieure (1). On comprend aisément que s'il se prononçait dans des circonstances identiques, ce serait indirectement connaître de l'appel de l'ordonnance, ce qui ne doit pas être.

Ce pouvoir donné au tribunal s'explique en admettant que les décisions portant sur les mesures provisoires n'ont pas « *l'autorité de chose absolument jugée* ». Elles n'ont pas, en effet, à cet égard, la même énergie que les autres sentences judiciaires. L'autorité de la chose jugée est subordonnée au maintien exact de l'état de fait existant au moment où elles ont été rendues : sur ce point, analogie complète avec les ordonnances de *non-lieu* en matière pénale.

Il faut donc, si le tribunal s'est prononcé sur les mesures provisoires, agir par voie d'appel pour obtenir réformation du jugement, à moins que les circonstances de fait n'aient changé, auquel cas on doit s'adresser au même tribunal (2).

Toute cette incertitude, cette précarité dans les mesures ordonnées, s'explique par le caractère de provisoire. Comment en serait-il autrement, puisque l'intérêt des enfants est susceptible de varier à tout instant, et qu'il est le régulateur suprême, unique peut-on dire. Il peut varier soit par rapport aux pa-

---

(1) Vraye et Gode, t. I, n° 248 ; Depeiges, n° 77 ; *Contra* : Poulle : page 209 et suiv.

(2) Baudry : t. III. Des pers. page 121 ; Cass. 6 fév. 1889, D. 90, 1, 269 ; Cass. 28 fév. 1893, D. 93, 1, 279 ; Rouen, 7 juin 1899, D. 1900, 2, 287.

rents, dont la conduite peut changer, soit par rapport aux enfants, qui, selon leur âge, peuvent avoir un avantage à être sous la surveillance du père ou de la mère.

Tout cela résulte, d'ailleurs, assez clairement de l'article 238, alinéa 5.

Tandis que nous avons vu, devant le Juge Conciliateur, les époux avoir seuls le droit de demander qu'il statue sur la garde provisoire des enfants, devant le tribunal, la liste des personnes qui peuvent solliciter ces mesures est plus étendue. L'article 240 y fait entrer les membres de la famille et le ministère public.

Nous nous expliquerons en détail au chapitre II sur la famille et le ministère public. Néanmoins, il faut observer, en passant, qu'en outre des personnes qui peuvent solliciter les juges, ceux-ci peuvent se déterminer d'office en se fondant sur l'intérêt des enfants. Sur ce point la loi du 18 avril 1886 a innové ; nous avons vu que ce pouvoir exceptionnel ne doit pas être reconnu au Président lors de la conciliation (1).

Nous renvoyons également au chapitre II l'examen des mesures que peuvent prendre les tribunaux, nous nous bornons à indiquer ici qu'ils ont à ce sujet un pouvoir discrétionnaire.

Nous éviterons ainsi des redites.

---

(1) COULOM : op. civ. t. IV, page 258 ; V. note de TISSIER, sous Paris, 21 janv. 1895, S. 197, 2, 37 ; *Contra :* VRAYE et GODE : op. civ. t. II, page 17.

SECTION IV

Devant le Juge des Référés

Les mesures provisoires dont le besoin se fait sentir pendant la durée de l'instance en divorce sont de la compétence du Président du tribunal statuant comme juge des Référés, lorsqu'il y a urgence. La loi en indique une dans l'article 238, alinéa 5 : « *sans préjudice du droit qu'a toujours le juge de statuer en tout état de cause, en référé sur la résidence de la femme* ». On a induit, à tort nous semble-t-il, de ce texte, par argument *a contrario*, que le Président n'a pas ce même droit pour les autres mesures urgentes, telles que la garde des enfants par exemple. Un texte formel serait nécessaire pour que l'on puisse admettre une dérogation si peu justifiée et si importante au droit commun, consacré par l'article 806 du Code de Procédure civile. L'article 238 du Code Civil parlant de la résidence de la femme, prévoit l'hypothèse la plus fréquente (1). Dans tous les cas, pour saisir le juge des Référés, il faut observer les règles ordinaires de la procédure (2).

Le juge des Référés est compétent, notamment

---

(1) Goirand, page 156 ; Vraye et Gode, t. II, n° 520, p. 17 ; Paris, 12 mars 1891, D. 92, 2, 567, (v. note) ; Bordeaux, 3 juin 1892, D, 92, 2, 524 ; *Contra :* Huc, t. II, p. 345 ; Pau, 10 août 1887, D, 88, 2, 242 ; Paris, 10 janvier 1889, D. 1900, 2, 343 ; Montpellier, 31 janvier 1895, D, 95, 2, 354.

(2) Riom, 10 juillet 1895, D, 96, 2, 373.

pour statuer sur les difficultés relatives à l'exercice de la puissance paternelle. Il peut, par exemple, ordonner la réintégration des enfants au domicile du père, s'ils en ont été détournés par la mère. La femme est même tenue d'exécuter l'ordonnance du juge des Référés avant de pouvoir obtenir qu'il soit statué par le tribunal sur l'administration provisoire des enfants.

CHAPITRE II

Après le Divorce

Le divorce est maintenant définitf, les époux devenus désormais étrangers l'un à l'autre vont aller chacun de leur côté choisir leur domicile.

Il importe de savoir auquel des deux va être confié l'enfant. Le législateur, nous l'avons vu, répond que pour le choix du gardien il faut consulter l'avantage de l'enfant. C'est là l'idée qui plane au-dessus de toute la matière. Nous voyons même la puissance paternelle, cette autorité séculaire, fléchir et passer en d'autres mains, du moins pour partie, sous l'empire de cette considération.

SECTION PREMIÈRE

Principe de l'article 302

L'article 302 du Code civil est ainsi conçu :

« Les enfants seront confiés à l'*époux qui a obtenu le divorce,* à moins que le tribunal, sur la « demande de la famille ou du ministère public, n'or- « donne, pour le plus grand avantage des enfants, « que tous ou quelques-uns d'entre eux seront con- « fiés aux soins soit de l'autre époux, soit d'une tierce « personne. »

Le principe auquel le tribunal doit se soumettre, quand il statue sur le sort des enfants, en prononçant le divorce, est contenu dans la première phrase de l'article 302 :

« Les enfants seront confiés à l'époux qui a obtenu « le divorce (1). »

Le législateur s'est déterminé à remettre l'enfant à celui des époux qui lui offrait le plus de garanties, à celui qui paraissait le plus digne, à l'époux innocent. Dans cet article il a été établi une présomption légale, en faveur de celui qui a obtenu le divorce, véritable présomption qui lie les tribunaux lorsqu'ils ne sont pas sollicités autrement par certaines personnes limitativement déterminées. Ils ne peuvent spontanément se faire les arbitres des intérêts des enfants, il faut qu'ils attendent d'y être invités.

Les époux eux-mêmes ne pourraient pas, par des dispositions contraires, intervenues à l'avance, éluder cette règle impérative.

La plupart des auteurs, néanmoins, prétendent qu'il ne faut pas pousser trop loin cette idée de présomption légale, et que, faute par le tribunal de ne pas s'être expliqué sur ce point, l'époux en faveur duquel a été prononcé le divorce ne peut se prévaloir des termes de l'article 302 pour prendre possession de la personne des enfants.

Quant à nous, en présence des termes formels de

(1) Trib. d'Alger, 9 mai 1895. La loi 5 juillet 1895. Huc, t. II, n° 423, p. 453, v. Pandectes Françaises, p. 516.

l'article 302, nous ne voyons pas de raisons suffisantes pour refuser l'application de plein droit de cet article, même lorsque le jugement est muet sur ce point. Cette omission ne peut, d'ailleurs, s'expliquer que par un oubli du tribunal, puisque, en l'absence de demande, il est obligé de se prononcer en ce sens.

On nous objectera peut-être que l'on doit faire tous ses efforts afin de porter le moins possible atteinte à la puissance paternelle.

Autant que tout autre, nous sommes désireux de voir maintenir l'autorité du père dans toute son intégrité; nous reconnaissons même que l'on doit se garder d'y porter atteinte en l'absence d'un texte ou sur un texte imprécis, mais ici la loi prend soin de déclarer elle-même que dans tout procès de divorce la garde de l'enfant doit être remise à l'époux qui a triomphé : Qu'importe que le tribunal ait statué ou qu'il ait omis de le faire (1) !

Comme conséquence de la règle de l'article 302, le père, contre lequel le divorce a été prononcé, peut se voir enlever la garde au profit de la mère. En présence des termes formels de l'article 302, la décision qui intervient sur ce point n'a pas besoin d'être justifiée par des considérants particuliers, ni d'être expressément motivée (2). Il en est de même, à plus forte raison, lorsque c'est au profit du père que le

---

(1) CARPENTIER, Explication de l'art. 302, page. 295 ; *Contra* : Cass. 6 fév. 1865, S, 65, 1, 55.

(2) Req. 8 juil. 1896, D, 96, 1, 392, (notes).

divorce a été prononcé : car, en ce cas, l'enfant reste sous la même autorité qu'avant.

Nous avons supposé jusqu'ici que le divorce a été prononcé au profit de l'un des époux ; que décider, lorsqu'il y a demande reconventionnelle, si le divorce est prononcé à la requête respective du mari et de la femme et aux torts de chacun d'eux ?

L'article 302 ne prévoit pas cette hypothèse.

Certains auteurs (1) disent qu'il appartient au tribunal, en ce cas, de décider auquel des deux époux les enfants seront confiés. Ce n'est que lorsque le jugement est muet sur ce point que l'on doit maintenir la garde au père.

A notre avis, en l'absence de demande prévue par le deuxième alinéa de l'article 302, au cas de torts réciproques, le tribunal devrait nécessairement déférer la garde au mari. On ne peut, dans le silence des textes, enlever au père l'attribut le plus important de la puissance paternelle (2).

SECTION II

Qui peut demander la dérogation

Ainsi que l'on pouvait le prévoir, dès notre première section, la règle de l'article 302 est appelée à subir de

---

(1) GRIOLET et VERGÉ, nouveau C. C., art. 302, page 565, n° 12 et 13 ; Req. 3 fév. 1880, D, 80, 1, 341.

(2) V. HUC, op civ. t. II, n° 423.

nombreuses exceptions. Bon époux ne veut pas toujours dire bon père. On peut, quoique d'une conduite irréprochable, n'être pas apte à bien élever ses enfants. Aussi l'intérêt de ces derniers peut-il déterminer le tribunal dans un tout autre sens, il peut même, nous le verrons faire, écarter les deux époux et faire confier les enfants à une tierce personne.

Mais le principe de l'article 302 est impératif et les tribunaux ne doivent pas s'écarter de la règle qu'il pose, sans en être requis. Ils ne peuvent statuer d'office sur la garde des enfants et en l'absence de toute réclamation soit de la famille, soit du ministère public. Ceux-ci seront confiés à l'époux qui a obtenu le divorce (1). La loi, supposant avec raison que les tribunaux ne seraient pas par eux-mêmes en mesure de faire une saine appréciation des faits, a laissé le soin de les faire valoir à leurs yeux à certaines personnes, qui, par leur situation ou leur attachement aux enfants, sont les mieux renseignées à ce sujet.

C'est la seule restriction qui vienne entraver les pouvoirs des juges, car une fois leur liberté d'action dégagée, leurs pouvoirs sont très étendus.

Les premières personnes qui se présentent naturellement à l'esprit, comme pouvant mettre en mouvement l'action des tribunaux, ce sont les époux. Qui mieux qu'eux peut connaître les besoins de l'enfant?

(1) Grifgond, v. c. c. annoté, art, 302, page 384 ; Huc, comment. théor. et prat. du c. c., t. II, n° 423 ; Montpellier, 4 fév. 1835, v. Dalloz, répert. mot Divorce, n° 320 ; Cass. 15 déc. 1896, D, 97, 1, 420.

De plus, c'est à eux qu'en définitive va échoir normalement la garde; il est logique qu'ils puissent venir plaider leur propre cause, faire ressortir l'indignité de l'autre conjoint. Aussi n'est-on pas peu surpris de voir l'article 302 ne pas parler des époux.

Certains auteurs concluent du silence de l'article 302 que l'époux coupable ne peut provoquer la dérogation au principe général. Car, disent-ils, l'article 302 ne donne ce droit qu'au ministère public et à la famille, et l'exception ne doit pas être étendue au-delà des limites fixées par la loi. Ils arguent également des travaux préparatoires, faisant ressortir que notre Code s'est inspiré de la loi romaine qui a voulu par tous les moyens enlever la garde à l'époux qui succombe.

Tels sont les arguments qui ont trouvé grâce auprès de la jurisprudence Belge (1).

Malgré ces raisons, presque tous les auteurs reconnaissent ce droit aux deux époux, même à l'époux coupable. Il peut l'exercer concurremment avec les membres de la famille et le ministère public (2).

Parlons maintenant de la famille? L'on est à peu près d'accord aujourd'hui sur la signification de ce mot. Mais avant la loi du 18 avril 1886, une vive controverse s'élevait sur ce sujet. On se demandait, si

---

(1) Cour de Bruxelles du 26 janvier 1882. (V. DALLOZ, suppl. répert. Divorce, n° 603.

(2) Pandectes Françaises comment. art. 302, mot Divorce ; Cour de Paris du 17 juil. 1886, D, 87, 2, 211 ; Huc, op. civ. t. II, n° 424 ; Trib. de la Seine, 27 janv. 1886, S. 88, 2, 129.

ce mot signifiait l'assemblée de famille organisée spécialement en matière de divorce par la loi du 20 septembre 1792, ou le Conseil de famille tel qu'il est réglementé aujourd'hui par le Code Civil au titre de la tutelle?

L'on a vite écarté aujourd'hui l'idée d'assemblée de famille; cette assemblée n'existe plus, telle que l'entendait la loi révolutionnaire, il ne reste plus trace de son organisation

On voit également repousser l'idée de Conseil de famille. La loi de 1886 indique en effet dans l'article 240 ce qu'elle entend par le mot *famille*. Cet article parle de « *membre de la famille* ». Le rapprochement des articles 302 et 240 doit faire cesser toute difficulté (1).

Les partisans de la théorie adverse repoussent ce rapprochement s'opposant à l'interprétation de ces articles l'un par l'autre, en prétendant qu'ils ont trait tous les deux à des situations bien différentes.

Sans doute, dans le premier cas, il s'agit de mesures durant l'instance, dans le deuxième, de mesures après le divorce, mais les mesures prescrites par le jugement de divorce, en ce qui concerne la garde des enfants, ont toujours un caractère provisoire et, dès lors, l'intervention des membres de la

(1) Cass. 28 fév. 1893, D. 93, 1, 279 ; Paris, 17 juil. 1886, D, 87, 2, 211 ; Cass. 24 nov. 1886, S. 88, 1, 433 ; Cass. 16 juil. 1888, S. 90, 1, 317 ; Coulom, t. III, p. 462 ; Curet, Code de Divorce, 2e éd., n° 363 ; Huc, op. civ. t. II, n° 424.

famille peut se produire en tout état de cause dans les deux cas, lorsqu'il s'agit de modifier ou de rétracter les dispositions du jugement relatives à la garde. Le pouvoir discrétionnaire des tribunaux n'est pas subordonné à une délibération en forme du Conseil de famille (1). Si la loi avait voulu parler de Conseil de famille, elle aurait employé cette expression technique. Au surplus, les articles 395, 400 et 405 du Code Civil, qui s'occupent des cas où il y a lieu de réunir le Conseil de famille, ne font aucune allusion à l'hypothèse prévue par l'article 302.

Concluons donc que d'après l'article 302 comme d'après l'article 240, le droit de saisir le tribunal appartient à tout membre de la famille. Néanmoins le Code Civil ne reconnaissant la famille que jusqu'à un certain degré de parenté, il nous paraît difficile d'y comprendre les parents au-delà du douzième degré (2).

L'intervention de la famille peut se produire en appel, lorsqu'elle s'est adressée vainement au tribunal ; elle pourrait même, en tout état de cause, intervenir en appel, alors qu'elle n'a pas eu lieu en première instance : l'intérêt des enfants qui n'a pu triompher devant le tribunal étant de nature à primer toute autre considération (3).

La loi n'a pas déterminé la forme dans laquelle les

---

(1) Trib. de Mayenne, 12 août 1896 ; *Gaz. Trib.* 14 oct. 1896, BAUDRY LACANTINERIE, t. III, n° 270.

(2) *Contra* : CARPENTIER, t. II, n° 89.

(3) Cass. 28 fév. 1893, précité.

membres de la famille pourront provoquer les mesures provisoires dans l'intérêt des enfants. Il faut donc se référer au droit commun et appliquer les articles 339 et suivants du Code de Procédure civile. L'intervention sera donc formée par l'introduction d'une requête qui contiendra les moyens et les conclusions. Au reste, l'irrégularité dans l'intervention n'arrête pas le tribunal, et la jurisprudence la reconnaît le plus souvent valable malgré tout cela : Ainsi, si les juges, s'inspirant uniquement de l'avantage des enfants issus du mariage rompu par le divorce, ont confié la garde à l'aïeule paternelle intervenant au procès, la Cour de Cassation a estimé qu'il était sans intérêt de rechercher si l'intervention de celle-ci s'est produite régulièrement (1).

Bien que l'intervention de la famille puisse se produire jusqu'au douzième degré, pratiquement ce pouvoir sera exercé normalement par la mère et les grands-parents paternels et maternels (2).

La loi cite en dernier lieu le ministère public (3) ! Il est, en effet, chargé en principe de venir au secours de ceux qui ne savent se défendre eux-mêmes ; il vient ici veiller à ce que les enfants ne soient pas lésés, de même qu'il est chargé, par exemple, de soutenir les intérêts d'un absent. Il agit d'office comme

---

(1) Cass. 16 juil. 1888, D, 89, 1, 476.

(2) Paris, 17 juil. 1886, précité ; Cass. 28 fév. 1893, précité.

(3) Riom, 11 mai 1885. *Gaz. des Trib.* 20 août 1885.

dans tous les cas où il a le droit de le faire, c'est-à-dire par voie de réquisition. Il a aussi le droit d'interjeter appel des réquisitions qu'il a prises sur ce point devant le tribunal (1).

La liste des personnes qui peuvent mettre en mouvement l'activité des tribunaux, vers la recherche du plus grand avantage des enfants est assez longue : *Les deux époux, tout membre de la famille, le ministère public,* autant de chances pour le petit de voir sa situation envisagée avec soin. Mais pour que ces diverses interventions puissent agir efficacement, il faut que ce droit soit exercé concurremment ; que le ministère public, par exemple, puisse saisir le tribunal, même si l'époux intéressé ne l'a pas fait. Cela se comprend notamment si l'enfant, en définitive, risque d'être confié à un étranger, pourquoi l'époux agirait-il ? Il faut donc en conclure que l'initiative de l'un ne doit pas être subordonnée à celle d'un autre, et que tous les membres de la liste ont un pouvoir égal.

SECTION III

Tribunal compétent

Le tribunal, qui a admis le divorce, reste en principe seul compétent pour statuer sur la garde et l'éducation des enfants, ou sur les modifications à

(1) C. de Bruxelles, 26 fév. 1882 ; BARBIER, thèse : page 123.

apporter à ces mesures. D'après les articles 472 et 554 du Code de Procédure civile, le tribunal, qui a rendu un jugement, doit en effet connaître de son exécution (1).

Cela s'applique même au cas où les deux époux ont changé de domicile. Peu importe, au reste, si le tribunal, en prononçant le divorce, n'a réglé le sort des enfants que pour un certain nombre d'années, sans faire de réserve pour l'avenir au-delà de cette époque. Ce laps de temps expiré, le tribunal ne cesse pas pour cela d'être compétent.

Une seule exception est admise au cas où les mesures que l'on sollicite exigent l'urgence, l'on se trouve peut-être éloigné du tribunal qui a prononcé le divorce, il faut cependant obtenir prompte satisfaction. On admet alors la compétence du juge des Référés si l'urgence est bien réelle.

C'est celui du lieu où résident les enfants qui peut être appelé à modifier les décisions dn tribunal à raison des circonstances survenues postérieurement (2).

Ce que nous venons de dire du tribunal s'applique de tous points à la Cour d'Appel, si c'est elle qui, en prononçant le divorce, a statué sur la garde des enfants, c'est aussi à elle que doivent être demandés les changements à apporter aux mesures prescrites (3).

---

(1) Cass. 3 fév. 1875, S. 75, 1, 373 ; Orléans, 8 janv. 1885 ; D, 86, 2, 83 ; Cass. 28 fév. 1893, D, 93, 1, 206, PLANIOL, page 203.

(2) Paris, 4 juillet 1894, *Gaz. Trib.*, 30 oct. 1894.

(3) Paris, 5 juillet 1853, S, 53, 2, 454.

Les difficultés nées au sujet des mesures prises dans l'intérêt des enfants par une Cour d'appel, doivent, comme incident relatif à l'exécution, être portées devant cette Cour, non devant le tribunal de première instance, même s'il s'agit de prescrire des mesures nouvelles, par exemple de remettre à la garde exclusive de la mère un enfant qui auparavant était soumis alternativement à la garde des deux époux.

C'est encore aux juges d'appel, qui ont ordonné la remise de l'enfant à un époux, que celui-ci doit s'adresser en cas de refus ou de retard apporté par l'autre époux à remettre l'enfant : cela constitue en effet une mesure d'exécution (1).

Il faut néanmoins noter une différence entre le tribunal et la Cour, lorsqu'il a été statué pour une période déterminée sur la garde des enfants. Au cas où cette mesure a été prise par un tribunal, nous avons vu que même passé ce délai, il peut et doit connaître d'une demande sur ce point. D'après un arrêt de la Cour de Nancy, il n'en est plus de même s'il s'agit d'une Cour d'appel. Le laps de temps fixé étant expiré, il s'agit, non plus de modifier les mesures prescrites, mais de régler à nouveau le sort des enfants; cette action constitue alors une demande nouvelle et principale, qui doit être soumise aux deux degrés de juridiction, et elle ne peut être portée devant la Cour ni par voie d'interprétation de son arrêt, si cet arrêt est clair et

---

(1) Req. 25 mars 1857. D, 57, 1, 213.

exempt de toute ambiguité, ni comme incident d'exécution (1).

SECTION IV

Pouvoir du Tribunal

Nous allons, dans cette section, nous occuper des diverses mesures mises à la disposition des tribunaux pour assurer le plus grand avantage possible des enfants. Ces mesures étant identiquement les mêmes au cours du procès et après le divorce, ce que nous dirons ici s'appliquera à la période de l'instance.

Le divorce prononcé, la demande d'un époux, d'un membre de la famille, du ministère public, permet aux juges de ne pas se déterminer mécaniquement à remettre l'enfant à l'époux qui a triomphé. Sur cette opposition, ordinairement motivée, il leur est loisible d'examiner la situation. Ils la connaissent déjà par les divers incidents du procès, ils sont arrivés à se faire une opinion bien arrêtée sur les deux époux, ils voient quel est le plus digne. Mais ce n'est pas là ce qu'il ont à rechercher, peu leur importe de connaître le plus méritant, car ils peuvent se déterminer en faveur de l'autre.

C'est, en effet, l'intérêt des enfants, et non le mérite plus ou moins grand du père ou de la mère, qui doit être mis dans la balance. Tel est le principe qui

---

(1) Nancy, 26 juil. 1884, D, 86, 2, 83.

domine toute la matière; c'est la règle qui, plus particulièrement, s'appliquera ici.

Cet intérêt est lui-même très complexe : intérêt moral, intérêt matériel. Nous ne pouvons espérer donner une idée complète de tous les pouvoirs du juge, qui varient à l'infini, au gré des circonstances. Après avoir indiqué le principe fondamental, nous nous bornerons à relater plusieurs décisions de tribunaux, qui montreront la manière dont ils ont jugé dans divers cas. Tout a été dit sur la matière, depuis que le divorce a fait son apparition dans notre Code, il est probable que la plupart des situations se sont présentées, et qu'ainsi nous aurons une idée assez complète. Au reste, les cas nouveaux se rattacheront à d'autres déjà étudiés, et seront facilement résolus par comparaison.

Les tribunaux peuvent, malgré l'opposition des personnes autorisées, se déterminer en faveur de l'époux innocent; ils peuvent également se prononcer en faveur de l'époux coupable; ils peuvent, enfin, accorder la garde à une tierce personne. On sent déjà quelle latitude est donnée aux tribunaux.

Les juges peuvent d'abord confier l'enfant à l'époux innocent, à celui qui a triomphé. Cela ne saurait provoquer aucune difficulté, car ce n'est que se prononcer en conformité de l'article 302 du Code Civil.

Ils peuvent aussi se déterminer en faveur de l'époux coupable, si celui-ci, ou d'autres personnes pour lui, ont démontré victorieusement au tribunal qu'il est mieux apte à s'occuper de l'enfant.

C'est ainsi, notamment, qu'un divorce ayant été

prononcé aux torts de la femme à la suite d'une tentative de meurtre commise contre la personne de son mari dans des circonstances, il est vrai, très atténuantes, le tribunal donna la garde à cette femme, disant que cela ne la faisait pas considérer comme indigne de la garde, et que c'était l'intérêt des enfants, le père ayant une liaison non dissimulée (1)

C'est la même solution qui a été appliquée dans un divorce sensationnel, *Porel-Réjane*, prononcé le 12 décembre 1905 :

« Attendu que le divorce intervenant aux torts seuls de Réjane, il est équitable de confier au père la garde et la direction de son fils Jacques, mais qu'il y apparaît que la mère sera mieux à même d'élever sa fille, qu'elle comprendra l'étendue de son devoir vis-à-vis de cette jeune fille, et saura lui éviter les exemples fâcheux ; qu'il convient donc de lui en attribuer la garde, étant toutefois stipulé qu'elle ne devra pas l'emmener dans les tournées artistiques qu'elle pourra entreprendre, et qu'il lui incombera de la confier, pendant son absence, aux soins d'une personne répondant aux nécessités de la situation. »

Ainsi les tribunaux n'ont pas hésité, malgré les dangers de sa position d'artiste, à accorder à Réjane la garde de sa fille.

Par ces exemples, pris entre tant d'autres, on voit nettement les pouvoirs que s'octroyent les tribunaux.

---

(1) Paris, 20 octobre 1886, D, 88, 2, 101.

A fortiori, la mère peut-elle revendiquer la garde des enfants lorsqu'il n'est allégué à sa charge aucun fait qui permette de suspecter son affection ou son dévouement, lorsque l'enfant est très jeune, maladif, et qu'un docteur émet l'avis que les soins maternels sont les meilleurs.

Les époux, dans leurs réclamations, doivent donc surtout faire ressortir l'intérêt des enfants ; ils peuvent cependant, admettent certains arrêts, arguer d'autres considérations toute personnelles.

De la nécessité, par exemple, qu'il peut y avoir pour eux, se trouvant gravement malades, d'avoir leurs enfants pour les soigner (1).

Si aucun des époux ne leur paraît remplir les conditions de sécurité pour les enfants, les tribunaux peuvent décider en faveur d'une tierce personne (2). Ce tiers peut être un étranger ou un membre de la famille : les termes généraux de l'article 302 ne permettent aucune hésitation. Homme ou femme, peu importe, il faut néanmoins apporter une légère restriction, c'est exiger que le tiers soit majeur.

Il faudra évidemment des raisons graves pour déterminer le tribunal à remettre l'enfant à une tierce personne. La conduite des époux ne peut être pour les enfanls qu'une cause de scandale. Ou bien les

---

(1) Amiens, 15 avril 1886, Journal audit. Amiens, page 181 ; Cass. 24 nov. 1886, S. 88, 1, 433.

(2) Château-Chinon, 29 avril 1879 et Cass., 5 déc. 1884, Pand-per, 1887, 1, 81.

nécessités de sa profession ne lui permettent pas de s'en occuper suffisamment ; par exemple si, voyageur de commerce, il se trouve constamment absent de son domicile.

D'ailleurs, ce mot de tierce personne ne doit guère nous effrayer ; cela ne signifie pas nécessairement étranger, dont on serait en droit quelquefois de suspecter la sollicitude, ce seront le plus souvent les grands-parents.

Il va de soi, et le bon sens suffit à faire comprendre, que ceux à qui la loi confie le soin d'appeler l'attention du tribunal sur la situation des enfants, seront consultés sur le choix de l'époux ou du tiers qui obtiendra la garde. Les juges tiendront le plus grand compte de leurs avis, surtout si les parents sont d'accord dans leur désignation, si le choix de tous se fixe sur une même personne, mais ils ne sont nullement liés par ces indications. Les tribunaux ont seuls le droit d'apprécier souverainement l'opportunité de telle ou telle mesure, et d'arrêter leur choix sur telle ou telle personne.

Contrairement au principe d'après lequel toute convention particulière entre conjoints est inopérante, on admet au point de vue de la garde que les époux peuvent régler les mesures à prendre tant qu'elles ne sont pas préjudiciables aux intérêts matériels et moraux de l'enfant (1). Cette dernière restriction indique

---

(1) Cass. 6 fév. 1865, S. 1865, 1, 58 ; Paris, 22 nov. 1892, S. 94, 2, 70.

nettement que les tribunaux ne sont pas rigoureusement tenus par une convention entre époux et peuvent passer outre.

L'engagement pris par le mari à l'égard de la femme de ne pas réclamer la garde des enfants communs par caprice et sans sérieux motifs, n'est pas contraire à l'ordre public, alors même que cet engagement serait la contre-partie du consentement de la femme à ce que la pension qu'elle avait obtenue par jugement contre son mari, fut réduite de moitié. La promesse conçue dans les termes ci-dessus ne constituant pas la renonciation à la garde des enfants, qui serait contraire à l'ordre public, puisque l'on ne peut admettre que la modification d'une décision de justice soit réclamée sans motifs sérieux, et que, s'il en survient celui qui a fait cette promesse reste libre. (1).

Comme conclusion de tout ce que nous avons vu jusqu'ici, l'enfant peut être remis à l'un des deux époux ou à une tierce personne. Cette faculté de confier l'enfant à un tiers n'apparaît pas dans notre Code pour la première fois. Déjà à Rome, sous Justinien, nous voyons accorder la garde des enfants à une tierce personne « *dispensator* », au cas où le divorce est prononcé aux torts réciproques des époux. Même faculté donnée par la loi de 1792 à l'assemblée de famille, si les époux ne lui paraissent pas offrir des garanties suffisantes.

---

(1) Cass. 29 nov. 1903, *Gaz. Pal.* 1904, 1, 57.

Mais les tribunaux ne sont pas obligés de s'arrêter à des mesures aussi radicales.

S'il y a plusieurs enfants, ils se déterminent quelquefois pour le partage. Ils estiment peut-être que les torts de l'époux coupable ne sont pas d'une gravité telle, que l'on doive le priver de la direction de ses enfants. Ce moyen terme est surtout adopté lorsqu'il y a des enfants des deux sexes : les filles seront bien entre les mains de la maman qui, étant femme, saura mieux diriger leur éducation, mieux comprendre les mille petites choses de la vie féminine. Les garçons, au contraire, puiseront dans une direction ferme que peut seule leur imprimer le père, l'énergie et la force de caractère qui leur seront si nécessaires dans la vie (1).

L'on voit également dans la jurisprudence des exemples d'un partage tout différents : les enfants confiés jusqu'à un certain âge à la mère et ensuite au père. Pendant le bas-âge, les soins d'une maman sont plus utiles à l'enfant que ceux du père (2). Ces décisions s'expliquent très rationnellement et se fondent toujours très justement sur le plus grand avantage des enfants (3).

Nous trouvons également dans la plupart des législ-

---

(1) Cass. 20 déc. 1813. Dalloz, supp. au repert. V. Sép. de corps n° 324.

(2) Cass. 3 janv. 1893, S. 93, 1, 251 ; Bruxelles, 24 juin 1869. (Belg. jud.) 76, 1, 506.

(3) Cass. 29 avril 1862, D. 62, 1, 516.

lations étrangères des exemples de remise successive des enfants à un époux puis à l'autre. Notamment en Angleterre, en Hongrie, dans la République Argentine on laisse tous les enfants à la mère, même coupable, jusqu'à l'âge de trois à sept ans, et même jusqu'à seize en Angleterre. En Allemagne, la mère a la garde des garçons jusqu'à six ans et des filles indéfiniment; en Autriche, celle des garçons jusqu'à quatre ans, des filles jusqu'à sept ans, etc. Mais tandis que chez nous tout cela est laissé à l'arbitraire du juge, dans les divers pays que nous venons de passer en revue, ce sont là autant de règles qui s'imposent aux tribunaux, l'âge même est soigneusement fixé par le législateur.

Chez nous le juge peut même, dit-on, aller plus loin, et confier la garde alternativement aux deux époux, à chacun pendant un temps déterminé. Cette solution paraît contestable à beaucoup d'auteurs qui objectent que l'article 302 fait de la garde un objet indivisible. Cela est vrai pendant la durée du mariage (article 374). En est-il de même après le divorce? Le père et la mère ne sont nullement déchus de leurs droits de puissance paternelle, si l'un d'eux est préféré à l'autre, c'est que l'on ne peut leur conférer à tous les deux les mêmes droits. C'est par ces motifs que se justifie la décision de la Cour de Cassation du 1er mars 1897 (1).

(1) Cass 1er mars 1897, S. 98, 1, 72.

Quant à nous, nous admettons cette théorie à une condition, c'est que cette remise alternative ne nuise pas à l'unité de direction aussi nécessaire après la dissolution que pendant le mariage.

Malgré les précisions apportées au cours des débats. ils peut arriver que les juges ne soient pas assurés de l'efficacité des mesures prises. Ils peuvent, en ce cas, ne pas se prononcer pour une période indéterminée, ils ne sont pas obligés, en effet, de statuer immédiatement sur toute la durée de la garde, ils ont la faculté de prendre des mesures provisoires et de se réserver de se prononcer à nouveau lorsque les enfants auront atteint l'âge indiqué (1).

De tous les exemples que nous avons cités jusqu'ici on peut en induire pour le juge les pouvoirs les plus étendus : c'est un vrai pouvoir discrétionnaire. Rien de plus vague en effet et de plus indéterminé. Se conformer dans sa décision à ce qui lui paraît devoir être le plus avantageux pour les enfants, telle est pour le juge la règle unique.

Le tribunal peut même aller plus loin. Il peut spécifier soigneusement les droits et obligations du gardien. Aussi voyons-nous dans de nombreux arrêts les juges descendre dans les moindres détails des faits, régler soigneusement toute chose.

Ils peuvent ordonner notamment que les enfants seront placés dans une maison d'éducation détermi-

---

(1) Req. 16 mars 1868, D. 68, 1, 420.

née, même jusqu'à leur majorité ou leur établissement par mariage (1). Ils ont le droit de choisir la pension et de règlementer l'orientation de l'éducation.

Toutefois, leur pouvoir sur la garde et l'éducation ne peut aller jusqu'à méconnaître le vœu certain et unanime des père et mère. Si les époux sont d'accord sur les points essentiels de l'éducation à donner aux enfants, les tribunaux ne peuvent prescrire un autre genre d'éducation.

Si tout en réclamant l'un et l'autre respectivement la garde de leur enfant, ils s'accordent pour demander qu'il soit placé dans une maison d'éducation déterminée, les juges ne peuvent, d'office, ordonner que cet enfant sera élevé ailleurs (2).

Mais pour que le juge soit lié par l'accord des parties, il faut que cet accord soit certain (3).

Il peut, néanmoins, arriver que le ministère public, dans ses conclusions, demande que le tribunal, sans s'arrêter à l'avis des père et mère, ordonne que les enfants seront placés dans telle maison d'enseignement. Le jugement qui se conformerait à ces conclusions ne saurait être annulé comme renfermant un excès de pouvoir (4).

---

(1) Req. 3 avril 1865, D. 65, 1, 386.

(2) Cass. 6 févr. 1865, D. 65, 1, 218 ; *Contra Massol* (de la sép. de corps) page 608.

(3) Dalloz, 93, 1, 517, note 4 et 5.

(4) Dalloz, (supp. répert) page 414, n° 607 et 608.

Le tribunal s'applique souvent à plus de minutie, à régler les jours de sortie, l'emploi des vacances, etc. A ce point de vue, encore latitude absolue. Il peut décider que les enfants seront confiés à des moments et époques déterminés, notamment pendant une partie des vacances à l'époux contre lequel le divorce a été prononcé, bien que la garde des enfants ait été attribuée d'une manière générale à l'autre époux (1).

L'on peut donc affirmer que le tribunal a un véritable pouvoir discrétionnaire, qu'il est omnipotent. Comme conséquence, il n'est pas lié par son premier choix; il peut en faire un second lorsque l'intérêt de l'enfant l'exige et que le ministère public ou la famille en ont fait la demande (2).

SECTION V

Moyens de coercition

Le tribunal a rendu sa décision sur la garde; il ne faut pas que ce soit lettre morte, il faut que l'exécution n'en soit pas rendue impossible soit parce que l'époux retient l'enfant, soit parce qu'il s'en empare sans droit. La loi devait donc organiser les moyens d'assurer en ce cas l'accomplissement des mesures pres-

(1) Req. 28 fév. 1893. D, 93, 1, 206.

(2) Cass. 18 mars 1868, S. 68, 1, 208; Cass. 28 fév. 1893, S. 93, 1, 357; Amiens, 18 juin 1890, 7 aud. Amiens, p. 217; Trib. de la Seine, 24 juil. 1885, *Gaz. Trib.* 20 sep. 1885; Trib. Seine, 29 juil. 1897; DEMOLOMBE, n° 511; MARCADÉART, 311, n° 3.

crites, qu'il s'agisse de mesures provisoires ou définitives, que nous nous placions au cours de l'instance ou lors de la prononciation du divorce. Tel est le but de la loi du 5 décembre 1901. Cette loi a fait cesser l'incertitude qui planait sur cette question. Nous verrons néanmoins qu'elle a laissé certains cas en dehors de ses prévisions, pour lesquels nous serons obligés de nous référer au droit commun.

La loi du 5 décembre 1901 ajoute à l'article 357 du Code Pénal : elle crée un délit de *non-représentation* pour le cas où le tribunal a statué sur la garde, et condamne celui qui « *enlève l'enfant ou le détourne, ou le fera enlever ou détourner des mains de ceux auxquels la garde aura été confiée ou des lieux où ces derniers l'auront placé, sera puni d'un emprisonnement de un mois à un an et d'une amende de 16 francs à 5.000 francs* ».

Le père ou la mère divorcés, obligés de représenter l'enfant mineur à ceux qui ont le droit de le réclamer, devant remplir cette obligation au domicile de ces derniers ou au lieu indiqué par la décision judiciaire dont il s'git d'assurer l'exécution, le délit de non-représentation, prévu par la loi du 5 décembre 1901, est commis au *lieu où doit être accomplie la remise du dit mineur* (1).

Par cette sévérité voulue, le législateur a assuré

---

(1) Cour de cass. (Chambres réunies) 18 mai 1906, V. *Juris Classeur,* fiche art. 302, 303, n° 3.

suffisamment l'efficacité des mesures prises par le tribunal concernant la garde des enfants.

Toutefois, d'après la jurisprudence, ce délit n'existe que si la décision qui a statué sur la garde a été rendue au cours ou à la suite de l'instance en divorce, mais non si la décision a été rendue après le divorce prononcé (1).

Il faut admettre le délit de non-représentation même au cas de refus de livrer l'enfant. Néanmoins il ne faut pas s'exagérer la portée de cette obligation : il faut que le refus soit bien établi. Ainsi une mère privée de la garde de son enfant ne commettrait pas le délit parce que, ayant reçu signification du jugement, elle ne le reconduirait pas elle-même à celui qui est chargé de cette garde. Elle pourrait même sans s'exposer à aucune peine refuser de le remettre à une personne que le gardien de l'enfant lui enverrait avec mandat verbal de le recevoir (2).

On a soutenu que la poursuite ne pouvait être exercée qu'après une mise en demeure spéciale de représenter l'enfant, constatée par une signification (3). En droit, il nous paraît difficile de faire de cette signification préalable, une condition essentielle du délit, puisque la loi ne l'exige pas ; il faut, mais il suffit que le père ou la mère ait reçu signification de la décision qui les oblige à représenter l'enfant (4).

(1) Aix, 27 mars 1903, S. 1903, 2, 280.
(2) Code Pén. annoté par Garçon, comment. art. 357, page 992, n° 100.
(3) Trib. de la Seine, 26 déc. 1901, *Gaz. des Trib.* 30 déc. 1901.
(4) Code Pén. de Garçon, n° 101.

La fraude ou la violence ne sont pas exigées, mais il ne faudrait pas aller trop loin, et le délit n'existerait plus, selon nous, si l'enfant s'était enfui de sa propre initiative pour se réfugier chez ses parents.

Un des éléments substantiels du délit c'est la qualité du coupable. La loi exige qu'il ait été commis par le père ou la mère de l'enfant recélé, enlevé, détourné. Ce texte est limitatif et ne pourrait être étendu aux autres parents même ascendants.

L'on se demande si la loi de 1901 s'appliquerait à la non-représentation d'un mineur émancipé ?

Cette question présente un grand intérêt, car, nous le verrons, le père divorcé conserve le droit d'émanciper son enfant. Pourra-t-il ainsi échapper au délit prévu par la loi de 1901 ?

Non, nous semble-t-il, un délinquant ne peut, en abusant d'un droit, échapper aux prohibitions de la loi et l'émancipation qui a pour but unique de reprendre l'enfant dont il a perdu la garde n'est qu'une manœuvre frauduleuse de détournement (1).

Une des questions les plus discutées que soulève la loi de 1901 est celle de savoir si cette loi est applicable au droit de visite. Dans une première opinion on dit que le texte, sans en forcer les termes, comprend l'hypothèse que nous examinons. La mère qui refuse au père de voir son enfant, désobéit à une décision judiciaire statuant sur la garde (2).

---

(1) Code Pén. annoté par GARÇON, nº 111 à 113.

(2) Trib. Seine, 26 déc. 1901, *Gaz. des Trib.* 30 déc. 1901 ; Trib. Seine, 27 fév. 1902, S, 1903, 2, 252 ; Trib. de Marseille, 14 déc. 1902, S, 1903, 2, 280 ; Trib. Seine, 29 octob. 1903, J des Parq.. 1904, 2, 231.

Quant à nous, nous soutenons que la loi ne punit que le père ou la mère qui a été judiciairement privé de la garde et non celui-là même qui a été chargé de la garde, ce qui se produirait si l'on admettait la théorie adverse.

D'ailleurs si le législateur a puni celui qui refuse d'exécuter une décision relative à la garde, c'est que cette mesure est prise dans l'intérêt de l'enfant. Le droit de visite au contraire est exclusivement établi dans l'intérêt d'affection du père ou de la mère et n'est susceptible que de sanctions civiles (1).

Ainsi que nous venons de le voir, sont en dehors des prévisions de la loi de 1901 les décisions sur la garde intervenues après la prononciation du divorce, et plus spécialement toutes les mesures relatives au droit de visite.

Comment assurer l'exécution de ces décisions?

Sur ces points spéciaux nous voyons reparaître l'incertitude qui planait sur toute la matière avant la loi de 1901. En l'absence de textes particuliers, on est obligé de s'en référer au droit commun.

L'on songe immédiatement à la coercition matérielle et au droit de requérir l'autorité pour ramener les enfants *manu militari*. Lorsque l'on use de ce procédé pour faire réintégrer à la femme le domicile conjugal, l'on peut objecter que l'emploi de la force

---

(1) Paris, 13 nov. 1903, D, 1904, 2, 41 ; Narbonne, 29 janv. 1904, D, 1904, 2, 136 ; Aix (Ch. Correc) 27 mars 1903, réformant Marseille, 19 déc. 1902, prec. S. 1903, 2, 280.

sera impuissant, car la femme, aussitôt rentrée à son domicile, a la liberté d'en sortir. Cette critique n'est plus exacte lorsqu'il s'agit des enfants, car il est ordinairement facile de les retenir, et l'on a légalement le droit de les contraindre à rester chez leurs parents ou là où leurs parents se placent (1). Cependant, avant de recourir à ces moyens coercitifs, il y a lieu de demander à cet effet l'autorisation du tribunal ou du Président du tribunal jugeant en Référé (2).

Il peut arriver que ce premier moyen soit pratiquement inutile si, par exemple, les enfants sont à l'étranger. Aussi a-t-on songé à un deuxième moyen dont nous voyons plusieurs exemples dans la jurisprudence : il consiste à faire condamner l'époux récalcitrant à la remise des enfants dans un délai de... concluant, passé ce délai, à tant par jour de retard à titre de dommages et intérêts.

La légitimité de ce système est contestée : Dans une première opinion, l'on n'admet pas la validité de ce moyen. Pour obtenir des dommages et intérêts, dit-on, il faut justifier d'un préjudice. Or quel préjudice né et actuel peut invoquer l'époux ou le tiers auquel la justice a ordonné que les enfants seraient confiés ? La somme à laquelle serait condamné l'époux ne serait en réalité qu'une amende que l'on lui infligerait pour le punir de ne pas obéir aux injonctions de

---

(1) Aubry et Rau, t. VI, § 550, note 12, p. 78 ; Laurent, t. 3, n° 256, p. 297 ; Vraye et Gode, t II, n° 528.

(2) Dalloz, supp. au Repert., page 370, n° 310.

la justice. Or aucune loi n'autorise les tribunaux civils à prononcer ainsi des condamnations pénales à titre de sanction ou de contrainte pour assurer l'exécution de leurs décisions (1).

L'on répond que l'obligation de rendre les enfants est une vraie obligation de faire, et toute obligation de faire se résout comme sanction en dommages et intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur (C. C., art. 1142). Il n'est pas indispensable d'arguer d'un préjudice matériel, un préjudice moral peut suffire, cela n'est pas contesté.

« Or un père ou une mère peut-il souffrir moralement un plus grand dommage que celui d'être privé de ses enfants et de les voir dans les mains d'un époux indigne qui leur donne l'exemple de la révolte et leur inculque ses ressentiments et ses instincts vicieux. » (Dalloz, supp. repert. page 370, 1.)

Nous nous rallions à cette théorie qui peut invoquer une jurisprudence à peu près constante en ce sens (2).

L'on s'est même demandé au profit de qui devront être prononcés ces dommages et intérêts, est-ce au profit de l'époux qui a obtenu la garde, ou au profit des enfants eux-mêmes ?

---

(1) Bruxelles, 5 août 1880, D. 82, 2, 81 ; Baudry Lacantinerie, t. III, p. 198 ; Demolombe, page 367 ; Trib. de la Seine, 15 mars 1887 (V. Baudry.)

(2) Rouen, 12 juin 1866, Dal. sup. repert. page 370, note ; Paris, 7 août 1876 et 13 fév. 1877, D. 78, 2, 125 et 127 ; Ch. civ., 18 mars 1878, D. 78, 1, 201 ; Cass., 8 juin 1896, Pand. Fr. 97, 1, 95 ; Bordeaux 16 mars 1894. La Loi 14 et 15 sept. 1894.

Il ne saurait faire de difficulté que l'époux pourrait réclamer des dommages et intérêts en faveur de ses enfants comme il peut en réclamer pour lui-même. Au reste, normalement, l'intérêt des enfants et celui de leurs parents sont si intimément liés, qu'il importe peu qu'ils soient alloués à l'un ou à l'autre.

S'il est vrai, comme on l'a dit, qu'ils doivent appartenir à celui dont le droit est violé par la résistance, l'époux qui a obtenu la garde peut certainement en obtenir, car son droit n'est pas moins atteint que celui des enfants eux-mêmes. Sans doute, la puissance paternelle est établie pour le bien de ceux sur qui elle s'exerce et non pour l'avantage de ceux qui l'exercent, mais il faut remarquer que la paternité et la puissance paternelle comportent elles-mêmes des avantages pécuniaires, (droit de jouissance légale de l'article 384) et l'époux que son conjoint prive de ces biens est donc personnellement lésé.

Existe enfin un troisième moyen : c'est la saisie des revenus des biens de l'époux récalcitrant et la nomination d'un séquestre pour les percevoir. Les adversaires du second système trouvent également celui-ci anti-juridique.

La jurisprudence et la plupart des auteurs ont admis la légitimité de ce moyen de contrainte vis-à-vis de la femme non séparée, aussi a-t-on songé par assimilation à l'appliquer à la garde des enfants injustement détenus.

Quant à nous, ayant admis pour le tribunal le droit de conclure à des dommages et intérêts, nous ne voyons pas de bonnes raisons pour ne pas admettre

la saisie des revenus. Au reste, ce moyen ne fait que renforcer le deuxième ; pour obtenir le paiement des dommages et intérêts, on ordonnera le cas échéant la saisie des revenus.

Nous trouvons enfin dans la jurisprudence des exemples de mesures indirectes de coercition qui peuvent dans certains cas être efficaces, du moins vis-à-vis de la femme : C'est par exemple la menace faite à celle-ci, si elle enlève ses enfants, de ne pas faire plus tard droit à ses réclamations et de ne pas lui accorder la garde. Ainsi le tribunal de Louvain, du 15 juillet 1874 (1), déclare, que la mère qui se serait emparée des enfants au mépris des droits du père et en dehors de toute décision du juge, lui en confiant la garde, devrait être déclarée déchue du droit de solliciter ensuite du tribunal la confirmation du fait accompli.

Toutefois, la légitimité de ce dernier moyen nous paraît contestable, car les déchéances sont de droit étroit, et, en outre, cela peut s'écarter de l'intérêt des enfants. Ceux-ci pourraient ainsi être atteints indirectement par la prétendue déchéance encourue par leur mère; or telle n'a pas été certainement l'intention du législateur (2).

---

(1) V. Griffond, page 320, comment. art. 240.

(2) Carpentier, t. I, n° 211.

SECTION VI

Obligations des personnes ayant la garde

Nous n'entendons pas, dans cette section, examiner les mille soins que l'époux gardien doit donner aux enfants, nous voulons parler des obligations qui, comme corollaire, découlent pour lui des droits qui résultent de la loi. Sur ce point néanmoins nous ne pouvons entrer dans les détails et énumérer les divers devoirs de l'époux, devoirs dont la non observation peut provoquer une demande en justice, car il y a incertitude bien grande. Tout dépend en effet de la façon dont on distribue les éléments de la puissance paternelle. Le droit de garde entraîne-t-il comme conséquence la possession de tous les autres attributs? (Cela ne saurait soulever de difficulté s'il s'agit du père, il n'en est pas de même s'il s'agit de la mère). Ou bien le père conserve-t-il tous les autres attributs? Nous verrons cela lorsque nous examinerons dans la deuxième partie de notre thèse l'attribution que l'on doit faire des éléments de la puissance paternelle.

L'on peut néanmoins poser une théorie générale. Dans ce but, rapprochons l'article 302, alinéa 1 : « *les enfants seront confiés...* », de l'article 303 qui dispose : « *quelle que soit la personne à laquelle les enfants seront confiés les père et mère conserveront respectivement le droit de surveiller l'entretien et l'éducation de leurs enfants* ». Ces deux textes s'éclairent l'un par l'autre; les parents ont le droit de surveiller le

gardien nommé au point de vue de l'entretien et de l'éducation des enfants; c'est donc dans cet entretien et cette éducation que consistent les soins et les fonctions du gardien. Le gardien, comme tel, n'est qu'un tuteur de la personne; il est étranger à l'administration de la fortune du mineur qui lui est confiée; il doit se borner à le nourrir et l'élever aux frais des parents, il n'est pas tuteur au sens que le Code Civil donne à ce mot, tout ce qui n'est pas affaire d'entretien et d'éducation lui échappe complètement (1).

Les personnes à qui la garde des enfants a été confiée ne sont pas tuteurs, puisque le père et la mère vivent encore, ni, nous venons de le voir, assimilés à des tuteurs. On peut en tirer une conséquence immédiate, c'est que la loi des 27 et 28 février 1880, relative à l'aliénation des valeurs mobilières appartenant aux mineurs, ne leur est pas applicable (2).

Il faut également distinguer le gardien du chef d'institution qui détient l'enfant dans son établissement. Le chef d'institution n'est qu'un délégué du gardien, ce n'est pas dans sa personne que réside le droit de garde.

Ces diverses obligations du gardien lui font encourir certaines responsabilités, responsabilités qui peuvent se traduire par une demande en justice. A cet égard nous ne pouvons poser que le principe directeur auquel on devra se référer.

---

(1) Barbier, thèse, page 139.

(2) Huc, comment. théor. et prat. du C. C., t. II, p. 457.

Il y a tout d'abord un cas qui ne saurait provoquer aucune difficulté, c'est dans l'hypothèse ou le gardien est convaincu de dol ou de faute lourde assimilable au dol.

Dans les autres cas, puisqu'il s'agit d'un mandat de justice, il semble légitime d'appliquer les principes généraux en cette matière (art. 1992, Code Civil), comme on le fait pour le curateur à une succession vacante, c'est-à-dire que le gardien sera tenu d'apporter à la mission qui lui est confiée les soins d'un bon père de famille. Les juges du fait doivent avoir sur ce point un large pouvoir d'appréciation rendu nécessaire par le silence de la loi.

Le gardien a-t-il le droit de régler les relations de l'enfant avec les membres de sa famille autres que ses père et mère? Nous ne le pensons pas et nous refuserions même au père gardien le droit d'interdire à l'enfant toute relation avec ses ascendants tout au moins. La garde est en effet une question sur laquelle le pouvoir des tribunaux est aussi étendu que possible (1).

SECTION VII

Caractère provisoire des mesures ordonnées par le Tribunal.

Ainsi que nous l'avons vu au cours de l'instance, les décisions relatives à la garde n'ont pas l'autorité

---

(1) Cass. 28 juil. 1891, S. 1892, 1, 70.

de chose *irrévocablement jugée* et si en principe elles sont destinées à recevoir leur exécution jusqu'à la majorité des enfants, elles peuvent être rétractées par le tribunal, toutes les fois que des circonstances imprévues venant à se produire, l'intérêt des enfants commandera leur modification (1).

Il en est de même pour les mesures prises à la suite d'un accord entre époux (2). Par exemple un jugement de divorce a ordonné qu'un enfant serait placé jusqu'à sa majorité dans une maison d'éducation, d'où il ne pourra sortir que du consentement réciproque des époux ; ces derniers ne sont pas liés irrévocablement par cette convention. Le juge n'est pas tenu non plus par le choix qu'il a fait de la personne à laquelle les enfants seront confiés, il peut sur la demande des personnes intéressées faire un nouveau choix, alors même que l'époux bénéficiaire s'y opposerait.

Ainsi la garde des enfants confiée à la mère qui a obtenu le divorce, peut lui être conservée, même après l'époque fixée par ce jugement, si l'intérêt des enfants, leur état de santé par exemple, exige que les soins maternels leurs soient continués et qu'il importe peu en présence de cet intérêt que les juges consta-

---

(1) Orléans, 8 janv. 1885, D, 86, 2, 83 ; Cass. 15 déc. 1896, D, 97, 1, 420 ; Paris, 19 mars 1890, D, 90, 2, 390 ; Rouen, 7 juin 1899, D, 1900, 2, 287 ; Cass 24 nov. 1886, Pand. per. 1887, 1, 81 ; C. de Toulouse, 22 juin 1892, *Gaz. Pal.* 1892 ; Cass. 4 juill 1893, S, 1893, 1, 425 ; Paris, 22 nov. 1892, D, 93, 2, 523 ; Carpentier, t. 1, n° 382 ; Aubry et Rau, t. V, p. 302 ; Massol, p. 154.

(2) Requête, 4 juil. 1893, D, 94, 1, 23.

tent dans les motifs de leur décision l'affection du père pour ses enfants et la régularité de sa conduite (1).

La disposition du jugement de divorce qui indique le lieu où les enfants, confiés à la garde de la mère, pourront être vus par le père, peut être changée et même fixée dans une autre ville si la mère a de justes motifs d'y établir sa résidence (2).

De même le père qui garde ses enfants pendant les vacances peut se voir refuser ce droit, s'il est établi qu'il ne tient pas ménage et n'a qu'une chambre de garçon (3).

En appel la Cour peut en vertu de son pouvoir discrétionnaire confier la garde des enfants à un époux qui ne l'avait pas demandé par ses conclusions (4).

Dans toutes ces diverses décisions choisies entre mille, l'on voit nettement apparaître le caractère de révocabilité, inhérent à toute décision sur la garde.

SECTON VIII

Evénements pouvant modifier le droit de garde

Normalement la majorité ou l'émancipation de l'enfant feront seules cesser la garde. N'y a-t-il pas d'au-

---

(1) Req. 22 janv. 1867, D, 67, 1, 333.
(2) Même arrêt.
(3) Req. 1er août 1883, D, 83, 1, 206.
(4) Ch. Civile, 15 déc. 1896, D, 97, 1, 420.

tres événements de nature à entraîner la déchéance de ce droit ?

L'on s'est demandé notamment, si l'époux divorcé qui contracte un nouveau mariage doit par ce fait se voir enlever la garde de ses enfants. On n'en verrait pas de bonnes raisons, car le fait de contracter une nouvelle union n'est que l'exercice d'une faculté consacrée par la loi et ne saurait dès lors par lui-même faire échec aux dispositions du jugement de divorce qui lui a confié les enfants. Il doit en être surtout ainsi alors qu'aucun grief particulier n'est relevé contre cet époux, impliquant l'oubli de ses devoirs.

C'est ce qui résulte de la loi du 21 février 1906 qui modifie l'article 386 du Code civil. Cet article était ainsi conçu : « Cette jouissance n'aura pas lieu au « profit de celui des père et mère contre lequel le « divorce aurait été prononcé, et *elle cessera à l'égard « de la mère dans le cas d'un second mariage.* »

La loi du 21 février 1906 supprime la seconde partie de ce texte (1). Il en résulte que désormais la mère veuve ou divorcée pourra, comme le père, se remarier sans perdre ses droits à la jouissance légale des biens des enfants issus de sa première union. L'idée qui a inspiré ce texte fait qu'il doit aussi s'appliquer à la garde des enfants.

Néanmoins, ce second mariage peut constituer pour le tribunal un motif de rétracter ou de modifier les

---

(1) *Journal du Notariat* du jeudi 8 mars 1906, page 159.

dispositions du jugement concernant les rapports de cet époux avec les enfants, car de ce chef les circonstances peuvent être toutes autres (1).

Un second fait est de nature à apporter de graves modifications à la situation des enfants, c'est le décès de l'un des époux.

Les enfants ont été confiés à une tierce personne ou à l'époux qui vient de mourir ; l'autre peut-il, invoquant le droit de tutelle dont cette mort l'investit, reprendre immédiatement ses enfants ?

Certains auteurs répondent négativement : la nouvelle situation dans laquelle se trouverait l'époux survivant l'autoriserait seulement à recourir aux tribunaux pour leur demander de réformer la décision précédemment rendue. Le juge, en effet, disent-ils, a eu en vue par les mesures prescrites d'assurer le plus grand avantage des enfants. Tant qu'il n'a pas été reconnu que cet avantage a cessé d'exister, le jugement doit continuer à recevoir son exécution.

Or, quand le tribunal a confié la garde d'un enfant à l'un des conjoints, ou à une tierce personne, c'est qu'il a estimé que l'intérêt de l'enfant commandait une pareille mesure. C'est donc au conjoint survivant à prouver qu'il présente des garanties meilleures, que dès lors, les circonstances qui ont déterminé le tribu-

(1) Paris, 27 juil. 1887, D, 88, 2, 64.

nal, ayant chargé, sous cette condition et sous cette seule, la mesure pourra être modifiée (1).

Quant à nous, nous estimons que le décès de l'un des conjoints met fin aux mesures prises concernant la garde et provoque immédiatement et de plein droit l'ouverture de la tutelle au profit de l'autre.

L'article 302 du Code Civil ne se justifie que par l'impossibilité d'attribuer au père et à la mère une autorité commune sur la personne de leurs enfants ; il fallait résoudre le conflit dans le sens le plus favorable aux enfants. Mais quand l'un des parents est décédé, il n'y a plus de conflit possible, il n'y a plus désormais de communauté de devoir et d'autorité, l'article 302 doit donc cesser de recevoir son application et les règles ordinaires de la puissance paternelle doivent reprendre leur empire (2).

Au reste tout le monde s'accorde à donner ce droit au mari survivant en vertu du principe que l'autorité paternelle doit rester intacte dans les mains du mari tant qu'elle n'en a pas été spécialement enlevée, et si la famille voulait lui faire enlever cette garde, elle ne pourrait qu'en apportant au tribunal des faits de nature à provoquer la déchéance de la puissance paternelle.

Lorsque l'enfant vient à décéder il semble que la

---

(1) Paris, 7 juil. 1882, S, 83, 2, 219 ; Cass. 13 août 1884, D, 85, 1, 40.

(2) Poitiers, 21 juil. 1890, D, 91, 2, 73 ; Paris, 24 juin 1892, D, 93, 2, 80 ; En ce sens, BAUDRY LACANTINERIE, t. III, n° 272.

question n'offre plus d'intérêt. Nous devons néanmoins signaler un curieux jugement du tribunal de Chartres (1). L'époux demandeur avait émis la prétention que la décision sur la garde devait se perpétuer en quelque sorte après le décès de l'enfant et que seul il avait droit au corps de l'enfant. Le tribunal de Chartres conclut : que la mort de l'enfant fait disparaître la situation privilégiée du conjoint notamment en ce qui concerne la revendication du corps de l'enfant, le choix du lieu de sépulture ; les droits de chacun des conjoints redeviennent égaux. Il faut ici se référer aux principes naturels. On cherche vainement les raisons de préférence du mari par exemple, en se fondant sur la puissance paternelle, dont en somme le droit ne dérive que d'une présomption légale, basée sur la fidélité présumée de l'épouse, et l'on ne comprend pas qu'il puisse invoquer cette présomption à l'encontre de la mère.

SECTION IX

Droit de surveillance des père et mère

Après avoir examiné dans les sections qui précèdent les dispositions de l'article 302 du Code Civil, avec l'article 303 qui n'en est que le corollaire nous

---

(1) Trib. de Chartres du 27 janv. 1900, *Gaz. Pal.* 1900, 2, 615. Dans le même sens, Trib. de Marseille, 15 déc. 1900. Le Droit, 17 avril 1901.

voyons « *quelle que soit la personne à qui les enfants « ont été confiés, les père et mère conserveront respec- « tivement le droit de surveiller l'entretien et l'éduca- « tion de leurs enfants, et seront tenus d'y contribuer « à proportion de leurs facultés.* » Ce droit de surveillance se fonde sur les liens du sang qui unissent les père et mère à leurs enfants. Un jour viendra d'ailleurs où ceux-ci ayant grandi disposeront en liberté de leur personne ; il faut que ce jour-là ils ne soient pas devenus des étrangers pour eux. Ce droit des parents non-gardiens, en présence des termes généraux de l'article 303 paraît n'être enfermé à proprement parler dans aucune limite et semble régulier toutes les fois qu'on l'exerce sans porter atteinte au droit de garde.

Ainsi un divorce a été prononcé aux torts et griefs de la femme; bien que la garde ait été donnée au père, la mère a néanmoins un droit de surveillance même si elle a donné de mauvais exemples à son enfant, la justice peut seulement prescrire toutes les mesures utiles afin d'empêcher le retour de pareils faits, mais sans mettre obstacle au contrôle.

Cependant il ne faut pas permettre l'exagération de la surveillance qui ne peut intervenir que pour des raisons sérieuses (1).

Sans doute ce droit n'implique pas la faculté de garder les enfants pendant quelques jours, mais

---

(1) Cass. 17 nov. 1896, *Gaz. des Trib.* 29 janv. 1897.

comme il ne saurait s'exercer sans un rapprochement au moins momentané de l'enfant, on a estimé avec raison qu'il suppose une entrevue, qui peut être laissée à l'appréciation des tribunaux (1). Evidemment ce droit s'applique autant à une direction morale qu'à une direction matérielle, aussi a-t-on décidé à bon droit que le choix d'une marraine n'y serait pas étranger pas plus que celui d'un pensionnat (2). L'on doit donc admettre comme conséquence de ce droit de surveillance le droit de visite : Il faudrait des motifs très impérieux, des circonstances tout à fait exceptionnelles pour retirer le droit de voir ses enfants à l'époux contre lequel le divorce a été prononcé (3).

Ce droit de visite est en principe personnel et l'on ne s'aurait admettre de délégation générale. Néanmoins les ascendants ont le droit de voir leurs petits-enfants et peuvent les voir, même à la place des père ou mère qui en sont empêchés, l'intérêt des enfants commandant de ne pas supprimer ces visites de nature à maintenir les liens d'affection.

Un tiers pourrait même venir de temps en temps à la place d'un époux, la seule restriction se fonderait sur le danger qui pourrait en résulter pour l'enfant

(1) Paris, 30 septembre 1832. Dal. v. sép. de corps, n° 327.

(2) Cass. Req. 29 juin 1868, D, 71, 5, 352 ; Lyon, 10 mars 1866, D, 67, 3, 96.

(3) Néanmoins un arrêt de la C. de Cass. du 7 mai 1900, *J. du Palais* 1901, 1, 12, décide que l'époux non gardien peut être privé du droit de visite.

(amant ou maîtresse d'un époux par exemple (1).

Ce droit de contrôle et de surveillance n'est pas illusoire et chacun des époux peut recourir aux tribunaux pour obtenir la répression des abus commis (2).

---

(1) COULOM, t. III, page 471.

(2) Cass. 1er août 1883, D, 85, 1, 206 ; Cass. 24 juil. 1878, D, 78, 1, 471.

DEUXIÈME PARTIE

Autres attributs de la puissance paternelle

Dans notre première partie, nous avons examiné l'influence du divorce sur la garde des enfants ; c'est assurément l'attribut le plus important. Il est cependant indispensable de connaître auquel des deux époux doivent échoir le droit de correction, le droit de jouissance légale, le droit d'émancipation, etc.

Ce sera l'objet de notre deuxième partie.

Vu l'incertitude qui plane sur ces diverses questions, et les théories si différentes qui ont été émises, il nous paraît bon, dans un chapitre Ier de poser la théorie générale et de réserver pour un chapitre II les applications particulières.

CHAPITRE PREMIER

Théorie générale de la puissance paternelle

Ainsi que nous l'avons déjà vu, le législateur n'a rien spécifié au sujet des attributs de la puissance paternelle autres que la garde, laissant le champ libre à toutes les hypothèses.

Nons allons nous efforcer de condenser les diverses opinions émises sur la question en quelques systèmes caractérisés, indiquant celui qui nous paraîtra le plus conforme aux principes, le plus rationel.

Premier système. — D'après un premier système, l'exercice de la puissance paternelle appartient tout entier à celui auquel la garde a été confiée : on ne comprend pas, dit-on, que le droit d'administration et le droit de correction puissent être exercés efficacement par celui des époux qui n'a pas l'enfant sous sa puissance immédiate. De plus, le droit de surveillance conservé à chacun des époux par l'article 303 du Code Civil, implique que l'exercice de la puissance paternelle est réservé à celui qui a la charge des enfants. On invoque enfin l'article 141 du Code Civil

d'après lequel le père absent, la mère a tout l'exercice de la puissance paternelle (1).

Réfutons immédiatement ce dernier argument ; l'article 141 ne saurait être d'aucun secours en faveur de cette théorie, car l'hypothèse qu'il prévoit est tout à fait différente. Quand le père est absent, il est naturel que la mère le remplace après son décès; il n'y a pas, en ce cas, de conflit comme au cas de divorce, où les deux auteurs sont en présence.

De plus, le droit de garde est essentiellement révocable; faudra-t-il faire subir à la puissance paternelle autant de fluctuations?

Que décider, dans cette théorie, lorsque la garde a été confiée à une tierce personne, faudra-t-il concentrer entre les mains de ce tiers tous les éléments de la puissance paternelle?

La puissance paternelle est à la base de l'organisation familiale, elle résulte du lien qui unit les parents aux enfants, et l'on ne doit l'entamer que dans des cas tout à fait exceptionnels : tel est le principe dont s'est inspiré le législateur. Il a manifesté les plus grands scrupules toutes les fois qu'il s'est agi de la diminuer.

Le Code nous fournit de nombreux exemples de cette circonspection. Ainsi « la dégradation civique, qui était une peine infamante entraînait pour le con-

---

(1) En ce sens : Cour de Paris, 15 déc. 1886, Pand. Franç., 87, 2, 74 ; Trib. de la Seine du 25 nov. 1896, D, 97, 2, 297 ; Caen, 17 nov. 1896, *Gaz. Trib.* 29 janv. 1897.

damné la déchéance de ses droits civiques et politiques ; il était exclu de tout conseil de famille, *excepté de la tutelle de ses propres enfants,* dit l'article 33 du Code Pénal. L'article 42 du même Code qui permet aux tribunaux, jugeant correctionnellement, d'interdire au condamné en tout ou en partie l'exercice de ses droits civiques, civils et de famille, s'arrête également devant *l'interdiction de la tutelle ou de la curatelle* de enfants de l'interdit (1). »

Le législateur n'a pas voulu enlever au père de famille les droits de tutelle et de curatelle, comment comprendre qu'il ait touché à la puissance paternelle toute entière et cela sans le déclarer formellement ; or nous avons vu que notre code réglemente le droit de garde et d'éducation, mais est muet sur tous les autres attributs.

L'article 302 ne justifie nullement cette théorie.

« Les enfants *seront confiés* à l'époux qui a obtenu le divorce. » Les mots *seront confiés* n'indiquent pas que la puissance paternelle sera donnée toute entière à l'époux qui aura la garde, car le texte parle bien de garde *(confiés),* mais laisse en dehors les autres attributs.

Au reste, l'article 302 doit nécessairement être expliqué en le rapprochant de l'article 303 qui en est le corrollaire et qui commente en quelque sortes les termes un peu confus de l'article 302. De ce rappro-

---

(1) Vraye et Gode, le Divorce, comment. art. 302, 303, p. 603.

chement on peut conclure que le législateur, en indiquant que le gardien sera loti de l'entretien et de l'éducation, a par ce silence voulu, indiqué qu'il n'aura pas les autres éléments de la puissance paternelle. En outre, le père et la mère conservent respectivement le droit de surveiller l'entretien et l'éducation de leurs enfants, or, on ne conserve que ce que l'on n'a pas perdu.

Deuxième système. — D'après un second système soutenu notamment par M. Laurent et MM. Vraye et Gode (1), lorsque le mariage est dissous par le divorce, de même que la femme recouvre la plénitude de ses droits civils, elle doit recouvrer une autorité pleinement indépendante sur ses enfants.

Durant le mariage, le père était loti de la puissance paternelle fermement concentrée dans sa main, afin d'assurer l'unité de direction si nécessaire dans toutes les entreprises ; il ne fallait pas par la « décentralisation que la puissance paternelle fut énervée », mais lorsque le mariage est dissous par le divorce, les données du problème ne sont plus les mêmes. Théoriquement, en effet, lorsque les époux s'unissent dans le mariage, ils ont des droits égaux et jouissent de la même autorité, ce n'est que pour des raisons de bonne direction que le législateur a voulu les concentrer dans la main d'un seul, et, s'il s'est décidé à

---

(1) LAURENT, t. III, n° 294.

choisir le mari, c'est parce qu'il estimait que l'homme a plus d'autorité sur les enfants que la femme, qu'à lui, incombant la direction matérielle, il devait auss avoir la direction des enfants. Donc, lorsque la raison même de cette prépondérance a disparu, l'on doit assimiler la femme au mari. Toute suprématie cesse dès cet instant et le juge, tenant en main la balance, ne sera guidé que par des considérations en quelque sorte morales, c'est-à-dire qu'il se déterminera en faveur du plus méritant et ne dérogera à ce principe que pour le plus grand avantage des enfants. En dehors de la garde sur laquelle tout le monde est d'accord, égalité complète entre les deux époux, tous les deux sont sur la même ligne.

Nous ne pouvons nous ranger à ce système car l'intérêt des enfants exige, nous l'avons vu, impérieusement que la puissance paternelle soit tout entière aux mains d'un seul.

MM. Vraye et Gode affirment la nécessité de l'unité de direction durant le mariage, comment ne veulent-ils pas la reconnaître aussi nécessaire à sa dissolution ?

Les raisons nous semblent encore plus déterminantes. Au cours du mariage l'on craint que la puissance paternelle soit « énervée », ici elle risque d'être à tous instants contrecarrée quand à son exercice ; et précisément il suffira qu'un époux décide quelque chose, propose une mesure pour la voir immédiatement repoussée par l'autre : c'est humain cela ! L'on ne voit guère un cheval fougueux dont les deux rênes seraient

tenues chacune par un ennemi, on risquerait fort de faire la culbute dans le fossé.

MM. Vraye et Gode de nous répondre :

« Mais s'il y a des difficultés, si un conflit s'élève, « on le fera trancher par le tribunal. »

L'idée n'est peut être pas très pratique, car les juges ne sont guère bien placés pour apprécier l'opportunité de telle ou telle mesure. D'ailleurs en admettant qu'ils soient merveilleusement doués pour décider à l'occasion des multiples détails de la vie, le législateur peut créer une juridiction spéciale, car quelques ménages de divorcés suffiraient aisément à fournir assez d'affaires pour un tribunal.

Troisième système. — Nous indiquerons, mais pour mémoire seulement, un troisième système, qui n'a guère plus d'adeptes parmi nos auteurs modernes. Il a été soutenu par Zachariæ-Delvincourt Touillier (1) et consiste à assimiler la dissolution du mariage par divorce à la dissolution par suite du décès de l'un des époux : Dans les deux cas il y aura ouverture à tutelle.

L'idée de tutelle éveille une idée de mort. Zachariæ le comprend si bien qu'il assimile l'époux qui a succombé à un mort-civil en faisant remarquer que chacun des articles 302, 303, 304 et 386 du Code Civil apporte une restriction à la puissance paternelle. Cette assertion est gratuite, car des restrictions con-

---

(1) ZACHARIÆ, t. I, p. 271 ; DELVINCOURT, t. I, p. 168, note ; TOUILLIER, t. II, nos 1093, 1095.

tenues dans ces articles à conclure à une pénalité aussi grave il y a loin.

Au surplus, dans toute tutelle, il y a un conseil de famille, un subrogé tuteur, or voit-on de semblables organes fonctionner après le divorce ?

Quatrième système. — Reste enfin une quatrième théorie qui fut celle de Proudhon et qui rallie la plupart des auteurs, d'après laquelle le père conserve dans toute son intégrité la puissance paternelle, alors même que le divorce a été prononcé contre lui et que la garde des enfants a été remise à la mère.

Ainsi la puissance paternelle survivrait en principe à la dissolution du mariage par le divorce, et son exercice serait susceptible d'être modifié sur les deux points (droit de garde et d'éducation — droit de jouissance légale) que la loi a compris dans ses prévisions.

En effet, selon Proudhon, le divorce n'entame aucunement l'autorité paternelle, le père peut l'exercer toute sa vie. En énonçant dans l'article 373 du Code Civil que le père exerce le pouvoir paternel durant le mariage, on a voulu régler le cas le plus fréquent ou le plus intéressant.

Cet argument ne saurait porter car il admet comme prouvé ce qui est à prouver : c'est un mauvais argument pour défendre une bonne cause. L'on a déjà pressenti que c'est à cette opinion que nous nous rattachons.

On nous objectera qu'il y a loin de la *patria potestas* romaine au pouvoir paternel de notre Code qu'un

auteur belge, M. Villequet, dénomme « *puissance parentélaire* ».

Oui, malheureusement nous voyons dans les idées actuelles une orientation vers la désagrégation de l'idée de famille et la désorganisation de la puissance paternelle. Précisément à cause de cela, devons-nous nous opposer de toutes nos forces à ce que cettte autorité familiale soit encore diminuée, et puisqu'il n'y a pas de texte pour nous forcer de nous incliner, nous soutenons qu'il faut maintenir entre les mains du père de famille toute l'autorité possible.

C'est l'opinion soutenue par Carpentier (1). Cet auteur fait observer que la puissance paternelle est éminemment favorable et il faut restreindre plutôt qu'étendre les dérogations qui y sont apportées. « Aurait-on pu, dit-il, par exemple, sans l'article 386, faire subir au père la déchéance de l'usufruit légal sous prétexte que le droit de garde lui était ôté? » Parmi les autres prérogatives du père, il y en a sur le maintien desquelles le doute n'est pas possible : tels sont le droit de consentir au mariage,le droit d'émancipation : N'est-il pas évident qu'ils ne peuvent appartenir qu'au père? Comment la mère les conserverait-elle alors qu'elle ne les a jamais eu? Et alors pourquoi faire une différence entre ces droits et les autres?

Telle est la théorie généralement admise.

Bien que nous rattachant à ce système, il nous

(1) Carpentier, traité du divorce, t. I, n° 391.

paraît trop entier, et vrai dans son ensemble il cesse de l'être dans les détails. Il faut, quelque désireux que l'on puisse être de conserver au père les attributs de la puissance paternelle, ne pas rendre impossible la garde ou l'éducation.

Le critérium doit donc être le suivant : N'enlever au père que ce qui est indispensable pour ne pas compromettre l'efficacité des mesures relatives à la garde et à l'éducation. C'est l'idée qui semble contenue dans un jugement du tribunal de la Seine du 12 juin 1901 (1), d'après lequel il appartiendra au tribunal de s'inspirer de l'intérêt exclusif des enfants pour poser les limites dans lesquelles le père pourra exercer désormais la puissance paternelle.

Au reste, la controverse est plus théorique que pratique. Nous prendrons un à un chacun des éléments de la puissance paternelle et nous examinerons au sujet de chacun d'eux, quel est le droit du père? quel est le droit de la mère?

Ce sera l'œuvre de notre chapitre deuxième.

---

(1) Trib. de la Seine du 12 juin 1901, sous Paris, 24 fév. 1893, D, 93, 2, 372.

CHAPITRE II

Applications particulières

La puissance paternelle ne forme pas un bloc unique; elle est composée de divers éléments, réunis comme autant de faisceaux.

Nous allons les étudier un à un au cours de chacune des sections suivantes.

Ce sont :

1° Droit de Correction ;

2° Droit d'Administration légale;

3° Droit de Jouissance légale ;

4° Droit d'Emancipation;

5° Droit de consentir à mariage.

Avant d'entrer dans l'examen des ces diverses sections, posons un principe qui s'appliquera à toute la matière :

Lorsque le père a été nommé gardien de ses enfants, il conserve tous les autres attributs de la puissance paternelle. Rien n'autorise à dépouiller le père du droit que lui reconnaît la loi.

Le doute naît seulement lorsque la garde appartient à la mère ou à un tiers.

Par conséquent, dans les données du problème que nous allous étudier, nous supposerons que la garde de l'enfant a été confiée à la mère ou à un tiers.

SECTION PREMIÈRE

Droit de Correction

Dans le langage ordinaire, le mot *correction* évoque l'idée de petites punitions, susceptibles de varier à l'infini, de nature à réprimer les écarts des enfants.

Dans la langue du Code, ce mot a un sens tout différent ; il désigne un droit extrêmement rigoureux, resté comme un vestige de la puissance paternelle romaine, qui permet au père de faire emprisonner son enfant.

La loi autorise le père à faire détenir son enfant en indiquant les motifs de son acte (par voie de *réquisition*), ou sans avoir à la justifier (par voie d'*autorité*). Cette dernière façon de procéder n'est possible pour lui que :

1° Si l'enfant a moins de quinze ans accomplis ;

2° S'il n'a pas de biens personnels ;

3° S'il n'a pas d'état ;

4° Si le père n'est pas marié.

Au décès du père, le droit de correction passe à la mère, mais celle-ci ne peut agir que par voie de réquisition, et elle ne le peut sans le concours des deux plus proches parents paternels.

Telle est la situation durant le mariage, et lorsque celui-ci est dissous par le décès de l'un des époux.

Quid au cas de divorce ?

Il faut à ce moment-là distinguer selon que la garde a été donnée à la mère ou à un tiers.

I. — *Garde confiée à la mère.*

D'après une première opinion, bien que la mère ait obtenu la garde de l'enfant, elle ne peut exercer le droit de correction qui reste au père.

Les auteurs qui soutiennent cette théorie prétendent que le droit de correction est adhérent à la qualité de père. Ce droit, le législateur ne l'a accordé à la mère qu'avec des restrictions ; même au décès du père elle ne l'exerce pas seule, comment pourra-t-elle l'avoir du vivant de celui-ci ? Sans doute la femme a, concurremment avec son mari, un droit de surveillance (article 303), mais de là au droit de correction, il y a loin. Au reste, en supposant que l'on concède ce droit à la mère au cas de divorce, elle ne pourrait l'exercer que sous les conditions prévues par l'article 381, c'est-à-dire avec le concours volontaire du père, d'où il résulte que la volonté de celui-ci sera toujours et quand même prépondérante (1).

Quant à nous, nous n'admettons pas cette théorie, nous ne saurions consentir à laisser détacher du droit de garde le droit de correction, il nous semble assez illogique de voir une maman morigéner son enfant et lorsqu'elle se voit dans la nécessité de recourir à des mesures rigoureuses, être obligée de s'adresser au père pour lui demander en quelque sorte d'agir à sa place.

---

(1) DEMOLOMBE, *Mariage*, t. II, page 580, n° 511 ; VRAYE et GODE, comment. art. 302, 303, page 611.

Au reste, le privilège de l'article 373 du Code Civil cesse, puisque le mariage est dissous et que cet article, en spécifiant nettement que le père exerce seul cette autorité *pendant le mariage*, indique que les liens du mariage étant rompus, le mari n'est plus seul à exercer cette autorité. Nous ne pensons pas néanmoins qu'il faille décider que tous deux l'exerceront concurremment, car le législateur, nous l'avons vu, n'a accordé l'exercice au mari que pour éviter les inconvénients pouvant résulter pour les enfants de cette dualité de droits égaux.

Nous croyons plus conforme à la pensée du législateur, de décider que dans le cas de dissolution par le divorce, le droit d'autorité, et par conséquent celui de correction appartiennent, à l'époux qui a obtenu le divorce. Des travaux préparatoires de la loi, il résulte que c'est comme chef de famille et comme chef de la société conjugale que le mari exerce seul le droit d'autorité ; comme après la dissolution du mariage il n'est plus ni chef de la famille, ni chef de la société conjugale, il convient d'attribuer l'exercice de ce droit au seul époux qui a la garde des enfants, véritable chef de famille.

Le droit de correction n'est d'ailleurs qu'une conséquence logique du droit de garde, que notre article consacre d'une manière formelle en faveur de celui des époux qui a obtenu le divorce (1).

---

(1) V. Laurent, t. III, n° 394 ; Coulom et Faivre, art. 302, p. 367 et suiv.

II. — *Garde confiée à un tiers.*

Il peut arriver, nous l'avons vu, que la garde de l'enfant ne soit confiée ni au père, ni à la mère, et que l'enfant ait été remis à une tierce personne. Nous avons également indiqué que ce mot ne signifiait pas ici nécessairement étranger, que bien au contraire ce serait le plus souvent un aïeul par exemple choisi pour remplacer le père ou la mère.

Cependant, bien qu'offrant les plus sérieuses garanties, dans cette hypothèse tout le monde s'accorde pour refuser au tiers — gardien le droit de correction, qui reste attaché à la qualité de père et mère. Il est grave, on le conçoit aisément, d'accorder à un tiers en l'absence d'une disposition spéciale, l'exercice d'un droit aussi exorbitant de la puissance paternelle.

D'accord sur ce point, les auteurs se séparent immédiatement sur la question de savoir en ce cas qui exerce ce droit à la place du tiers.

Est-ce le père ? Est-ce la mère ?

Pour nous, la question ne saurait être douteuse. Si nous avons accordé tout à l'heure à la mère le droit de correction, c'est parce qu'elle était déjà lotie du droit de garde : telle est la seule raison de nature à nous faire déroger aux principes que nous avons posés dans la théorie générale de la puissance paternelle.

Mais ici, admettant avec la majorité des auteurs que le droit de correction ne saurait être concédé au tiers-gardien, ce droit doit en ce cas rester certainement au père.

SECTION II

De l'Administration légale

L'administration légale est le droit pour le père de famille de gérer les biens de ses enfants mineurs, et de représenter ceux-ci dans tous les actes de la vie civile. C'est ce qui résulte de l'article 389 du Code Civil ainsi conçu : « *Le père est, durant le mariage,* « *administrateur des biens personnels de ses enfants* « *mineurs.* »

Devons-nous maintenir entre ses mains cette administration même au cas de divorce ?

Ayant posé comme principe que la prononciation du divorce n'enlève pas au père la puissance paternelle, alors même que la garde de ses enfants lui a été retirée, nous lui maintenons le droit d'administrer leurs biens.

S'il a l'usufruit légal, la question ne saurait faire de doute ; ayant le bénéfice de l'administration, il est juste qu'il en ait les soucis. Mais plaçons-nous dans l'hypothèse où cet usufruit légal lui a été enlevé en vertu de l'article 386.

Conserve-t-il néanmoins l'administration légale ?

Nombreux auteurs ne sont pas de notre avis et trouvent inadmissible de laisser au père l'administration des biens de ses enfants lorsqu'il n'en a pas la jouissance légale.

Ils peuvent se classer en divers systèmes :

D'après un premier système absolu, l'administra-

tion légale doit suivre la garde quelle que soit la personne qui en est investie, père, mère, tiers.

L'on s'appuie surtout dans cette théorie sur la nécessité de la concentration entre les mains d'une même personne de la garde de la personne physique de l'enfant et de la gestion de ses biens (1).

Nous ne jugeons pas indispensable le maintien de la réunion de ces deux gestions en une même main, gestion de la personne du mineur, gestion de ses biens, que l'on peut très bien concevoir séparées .

« La direction morale d'une fille, par exemple, ne sera-t-elle pas exercée plus efficacement, avec plus de douceur et de tact, par sa mère, tandis que son patrimoine sera mieux géré par son père, plus rompu aux affaires. »

Au reste, nous trouvons des exemples de la départition de ces deux éléments en des mains différentes. Ainsi dans le droit Romain, le tuteur, investi des plus larges pouvoirs sur les biens n'en avait le plus souvent aucun sur la personne du pupille.

Chez nous, nous voyons aussi le tuteur, dont la mission est principalement de gérer le patrimoine, ne pas nécessairement prendre soin de la personne.

C'est ce qui arrive notamment si le survivant des père et mère n'a pas été investi de la tutelle, en ce cas, le père et la mère conservent la direction morale

---

(1) C'est la théorie consacrée notamment par un arrêt de la Cour de Paris du 15 déc. 1886, Pand. Franç. 87, 2, 74 ; Massol. p. 383, n° 6 ; Coulom et Faivre, comment. art. 302, page 310 et suiv.

de l'enfant, tandis que le tuteur n'est plus chargé que de la direction matérielle.

Nous voyons encore l'Assistance publique, tout en gardant la tutelle, confier à des étrangers les enfants dont elle a la charge.

La conséquence logique de cette théorie serait de donner l'administration au tiers-gardien. L'on ne peut consentir à laisser enlever au père cet attribut de la puissance paternelle en l'absence d'un texte.

D'après un second système, l'administration légale devait être liée à la jouissance légale.

« Administration et jouissance, dit M. Hitier, sont les deux faces d'un même droit, l'une la contre-partie de l'autre ; l'administration est à la fois un droit et une charge ; à ce double point de vue, elle doit aller là où va la jouissance légale (1) »

Cette union, d'après lui, est commandée par la logique, car les charges doivent suivre l'émolument.

Comme conséquence, il peut arriver que l'administration ne soit pas donnée au gardien, si, par exemple, il est coupable (car en ce cas il n'aura pas la jouissance légale), ou si c'est un tiers qui ne saurait avoir la jouissance légale.

Ce système est inadmissible, car son fondement est erroné. Il est, en effet, des cas indiscutables de séparation de la jouissance légale et de l'administration légale si, par exemple, la mère n'est pas tutrice de

(1) Note sous le Trib. de la Seine, du 25 nov 1896, D, 97, 2, 297.

ses enfants sans être pour cela déchue du bénéfice de l'usufruit légal.

Au reste, l'on peut par parenthèse signaler le terre à terre d'un argument qui consiste à spéculer sur un devoir paternel.

D'après un troisième système, on s'en remet au tribunal pour l'attribution de l'administration légale, et ce n'est que lorsque le jugement est muet sur ce point que l'on donne l'administration légale au gardien (1).

L'on justifie cette immixtion du tribunal, en disant que celui-ci consultera l'intérêt des enfants.

Ainsi dans cette théorie le juge peut disposer à son gré de l'administration légale, l'on lui reconnaît la faculté de déléguer à sa guise les divers attributs de la puissance paternelle.

Nous nous opposons de toutes nos forces à l'ingérence du tribunal en matière d'administration légale, en l'absence d'un texte, et nous préférons dans tous les cas maintenir entre les mains du père l'administration légale de l'article 389.

C'est plus sûr et plus juridique. La loi n'a pas compris dans ses prévisions l'hypothèse de divorce, elle a considéré que normalement le mariage durera jusqu'à la mort de l'un des époux, mais elle n'a pas entendu adopter d'autres principes tant que les deux

---

(1) Trib. de la Seine du 25 nov. 1896 précité ; Trib. de Courtrai, 3 juillet 1896, S, 99, 4, 16 ; Trib. de Nice du 3 mai 1892, *Gaz. Pal.* 1892, 2, 27.

époux seront vivants, alors même qu'ils seront divorcés.

Au surplus, nous ne voyons aucun texte enlever cette administration au père, comme le fait, nous le verrons, l'article 386 pour la jouissance légale ; or, nous l'avons dit, nous ne voulons admettre le démembrement de la puissance paternelle que lorsque l'on ne pourra faire autrement, c'est-à-dire lorsqu'il y a texte. Sans doute, et nous répondons à une objection des théories adverses, l'administration des biens sans la jouissance est une charge, nous le concédons, mais n'oublions pas que l'article 386, en enlevant à l'époux coupable cette jouissance, a entendu le frapper d'une déchéance : il faut donc maintenir entre les mains du père l'administration des biens de ses enfants, même sans jouissance (1).

SECTION III

Droit de jouissance légale

Le droit de jouissance légale, est le droit de percevoir les fruits des biens appartenant aux enfants mineurs et non émancipés. L'article 384 indique au profit de qui il est établi : « *Le père, durant le mariage, et après la dissolution du mariage, le survivant des*

(1) En ce sens : DEMOLOMBE, (mariage) t. II, page 584, n° 512 ; LAURENT, t. III, page 410.

père et mère, auront la jouissance des biens de leurs enfants jusqu'à l'âge de dix-huit ans accomplis, ou jusqu'à l'émancipation qui pourrait avoir lieu avant l'âge de dix-huit ans. » Les termes de cette jouissance sont en résumé : l'âge de dix-huit ans ou l'émancipation des enfants.

La jouissance légale est en quelque sorte une compensation pécuniaire des charges qui incombent au père et à la mère pour l'entretien et l'éducation de leurs enfants. C'est donc une faveur accordée par la loi à l'époux investi de la puissance paternelle.

A titre de pénalité, l'article 386 du Code Civil enlève cet avantage à l'époux contre lequel le divorce a été prononcé : « *Cette jouissance n'aura pas lieu au profit de celui des père et mère contre lequel le divorce aura été prononcé* ». Le conseiller d'Etat Réal, lors de l'exposé des motifs de la puissance paternelle, dit : « Celui contre lequel le divorce a été prononcé, a, par un délit grave brisé les nœuds les plus sacrés ; pour lui il n'y a plus de famille ».

Les termes formels de l'article 386 écartent toute discussion. Ici le législateur a pris soin de spécifier la solution : c'est même avec la garde des enfants le seul élément de la puissance paternelle qui ait été prévu par lui.

L'article 386 établit une pénalité et ce caractère fait une obligation de n'admettre que l'interprétation restrictive; nous ne pouvons donc pas, dans le silence

de la loi, étendre la déchéance qu'il proclame au cas de torts réciproques : ce serait ajouter au texte (1).

Mais d'accord sur ce premier point, les jurisconsultes se séparent bientôt. Sans doute l'article 386 enlève cette jouissance légale à l'époux divorcé; mais à qui passera cette jouissance? Qui en profitera?

Il faut, pour résoudre cette question, remonter à l'article 384. Cet article dit : « *Le père, durant le mariage, et après la dissolution du mariage, le survivant des père et mère, auront la jouissance des biens de leurs enfants, etc.* »

Pendant le mariage, c'est toujours le père qui a la jouissance légale, pas de difficulté sur ce point, mais après la dissolution du mariage qu'arrive-t-il? En un mot y a-t-il assimilation complète entre la dissolution du mariage produite par le décès de l'un des époux et le cas où elle intervient à suite de divorce?

Distinguons, selon que le divorce est prononcé contre la femme ou contre le mari.

Supposons d'abord que le divorce a été prononcé aux torts et griefs de la femme, il est évident qu'elle ne pourra avoir la jouissance légale, l'article 386 s'y oppose, mais l'article 384, qui ne prévoit rien pour la période qui s'écoule entre la prononciation du divorce et le décès de l'un des époux, permettra-t-il au père de conserver la jouissance légale pendant cette période? Cela ne saurait faire de doute. Les fautes de sa

---

(1) FUZIER HERMANN, Repertoire (mot : divorce) chap. V, n° 3931.

femme, qui l'ont contraint à demander le divorce, ne peuvent entraîner pour le mari la déchéance d'un droit inséparable des obligations que lui impose sa paternité, obligations auxquelles le divorce ne met pas fin.

Envisageons maintenant la deuxième hypothèse, c'est-à-dire le cas où le divorce a été prononcé contre le père. Dira-t-on alors que l'usufruit passe à la mère? Non, disent certains auteurs, car pour cela il faudrait un texte, mais il n'y en a pas; donc le divorce établit à cet égard l'enfant dans la situation qui aurait toujours dû être la sienne (1).

Ce n'est pas là notre avis, et nous reconnaissons à la mère le droit de jouissance légale, c'est selon nous la solution qui découle de l'article 384. Sans doute la loi ne parle que du survivant des père et mère, c'est qu'elle n'a prévu que le cas le plus ordinaire. D'ailleurs, dans une théorie adverse, il faudrait admettre que les enfants, après que leurs revenus leur ont appartenu, devront voir ces mêmes revenus, à raison du décès de leur père contre lequel le divorce avait été prononcé, passer aux mains de la mère qui en aura la jouissance. Il faudrait admettre qu'entre le divorce et le décès du prémourant des époux, la

(1) *Contra :* Huc, C. C., comment. théor. et prat. C. C., t. II, page 460; Proudhon, Usufruit, t. I, page 176 ; Duranton, t. III, n° 380 ; *En notre sens* : Zachariæ, t. I, page 148, note 18.

jouissance cesse pour ne reprendre cours qu'au premier décès, ce qui est absurde (1).

Quid au cas de torts réciproques?

L'article 386 du C. C. enlève la jouissance légale à l'époux contre lequel le divorce a été prononcé, or dans l'hypothèse que nous envisageons, le divorce a été prononcé contre les deux conjoints, ils devront donc, tous les deux, subir la pénalité de l'article 386. Ni l'un ni l'autre n'aura la jouissance légale. Sans doute l'interprétation des déchéances doit être restrictive, mais dans la solution que nous proposons nous nous conformons strictement à l'article 386.

SECTION IV

De l'Emancipation

L'émancipation est un acte juridique en vertu duquel un mineur est affranchi de la puissance paternelle ; elle constitue bien un élément de cette puissance, car le père puise dans son autorité paternelle le droit d'émanciper son enfant.

L'article 477 du Code nous indique comment elle peut être exercée :

« *Le mineur, même non marié, pourra être éman-*
« *cipé par son père, ou, à défaut de son père, par sa*

---

(1) LAURENT, Droit civil, t. III, page 340, n° 296 ; Trib. Seine, 26 juin 1900, Mon. Jud., Lyon, 15 déc. 1900 ; Trib. Auxerre, 10 janv. 1901, D, 1901, 2, 389.

« *mère lorsqu'il aura atteint l'âge de quinze ans ré-*
« *volus. Cette émancipation s'opèrera par la seule*
« *déclaration du père ou de la mère, reçue par le juge*
« *de paix, assisté de son greffier.* »

Ce droit exercé par le père est excessivement grave. D'abord, l'émancipation est en elle-même un droit dangereux, car elle donne au mineur une demi-capacité qui, par rapport à l'incapacité générale dont il était frappé, constitue un passage brusque, et malgré l'assistance du curateur, cette situation peut être néfaste, aussi faut-il ne l'accorder qu'avec beaucoup de circonspection. Il ne faut pas oublier ensuite que par le seul fait de l'émancipation, l'usufruit légal de l'article 384 cesse de plein droit, c'est ce que dit ce même article en termes non équivoques dans son alinéa final. L'on comprend immédiatement le danger de l'émancipation dans l'hypothèse de divorce.

Si nous admettons avec la majorité des auteurs que cet usufruit passe à la mère lorsque le divorce est prononcé contre le père, il dépendra de celui-ci, par le moyen de l'émancipation, de faire perdre à la mère le bénéfice de l'usufruit ; il est facile de s'imaginer combien cela pourrait être souvent calcul de la part du père, qui pour se venger de voir l'usufruit passer aux mains de la mère, pourrait par jalousie ou méchanceté arriver indirectement à le lui faire enlever.

C'est en se fondant sur ces arguments utilitaires que MM. Vraye, Gode et Goirand, décident, qu'après

le divorce, l'émancipation ne peut être faite que par le père et la mère conjointement (1).

Cependant, malgré ces considérations très sérieuses, nous accordons au père divorcé, même non gardien, le droit d'émanciper ses enfants, nous verrons sous quelles restrictions.

Nous lisons en effet dans l'article 477 : « *Le mineur* « *même non marié pourra être émancipé par son père* « *ou* **à défaut** *de son père par sa mère,* etc... » Que signifient ces mots : *à défaut de son père,* ils sont assez facilement compréhensibles, ils indiquent assez clairement que ce droit subsiste pour le père sa vie durant, quel que soit l'évènement qui puisse se produire. Ces termes précis ont fait incliner même ceux (2) qui n'ont pas admis, comme nous, que les mots *durant le mariage,* fussent suffisants pour justifier entre les mains du père, du maintien de l'administration légale séparée de la jouissance légale. Ces mêmes auteurs déclarent se soumettre devant les termes qu'ils trouvent plus formels de l'article 477 : « Dans les articles, 373 relatif au droit d'autorité, 384 concernant la jouissance des biens, et 389 sur l'administration légale, la loi emploie les mêmes mots *durant le mariage,* ici rien de semblable, le législateur ne subordonne en aucune façon le droit d'émancipation, à la durée du mariage. »

---

(1) Goirand, page 202 ; Vraye et Godé, t. II, n° 753.

(2) Henri Coulom, (Manuel formulaire), comment. art. 302, page 374.

De plus Berlier, dans l'exposé des motifs du titre de la puissance paternelle, s'exprime ainsi : « Le mineur qui a ses père et mère ne pourra recevoir l'émancipation que de son père, *si l'un d'eux est mort,* le droit d'émanciper appartiendra au survivant. »

En présence du texte formel et du sens très net de l'exposé des motifs, nous, commentateurs, nous ne pouvons que nous incliner (1).

Le père conserve donc à notre avis le droit d'émanciper ses enfants, même après le divorce, et la mère ne recouvre cet exercice qu'en cas de mort, d'interdiction ou d'absence déclarée du mari. Il a même été jugé en matière de séparation de corps que la décision judiciaire qui ordonne que les enfants seront placés dans une maison d'éducation jusqu'à leur majorité, n'enlève pas par cela seul au père la faculté d'émanciper ses enfants, mais seulement que l'émancipation ne peut être un moyen pour le père de faire échec aux prescriptions de la justice, qui n'en doivent pas moins recevoir leur application (2).

Telle est la tendance qui nous paraît devoir être suivie : il faudra accorder le droit d'émancipation au père, à moins qu'il ne soit manifeste que cela ne pro-

---

(1) Trib. de la Seine, 12 juin 1891, sous Paris, 24 fév. 1893, D, 93, 2, 372 ; CARPENTIER, op. cit. t. I, n° 391 et 393 ; GREVIN, op. cit. n° 343.

(2) Req. 4 avril 1865, D, 65, 1, 387 ; Rouen, 12 juin 1866, DALLOZ, suppl. Repert., mot Divorce, n° 309 ; Paris, 24 fév. 1893, D, 93, 2, 372 ; DEMOLOMBE, t. VI, n° 405.

cède que d'une malignité vis-à-vis de sa femme, que cela a été fait par fraude et uniquement pour tenir en échec les droits que le jugement de divorce a conférés, soit à la mère, soit à un tiers.

SECTION V

Du consentement à mariage

Le consentement des parents au mariage de leurs enfants est une condition indispensable, aussi voyons-nous la loi exiger la manifestation de ce consentement à peine de nullité.

Le divorce laisse subsister les mêmes raisons, fondées sur le lien du sang qui unit les parents aux enfants.

Autrefois, l'on discutait la question de savoir lequel des époux divorcés devait donner son consentement. Certains auteurs prétendaient qu'il fallait, au cas de désaccord entre les deux époux, admettre l'intervention du tribunal. D'autres voulaient que ce consentement soit nécessairement donné par le père. D'autres enfin donnaient la même autorité à l'époux gardien.

La loi du 20 juin 1896, qui pour faciliter le mariage a simplifié les formalités, a tranché le différend dans l'article 152 du Code Civil en combinant les deux derniers systèmes.

L'article 152 est ainsi conçu :

« S'il y a dissentiment entre les parents divorcés ou séparés de corps, le consentement de celui des

deux époux au profit duquel le divorce ou la séparation aura été prononcé et qui aura obtenu la garde de l'enfant, suffira. »

Cet article exige trois conditions :

1° Qu'il y ait dissentiment entre les époux, que l'un refuse alors que l'autre consent ;

2° Que le divorce ait été prononcé au profit de celui qui consent ;

3° Qu'il ait obtenu, en outre, la garde de l'enfant.

Il est sans difficulté que les deux époux doivent être consultés, cela résulte de l'ensemble des textes, concernant le consentement des ascendants au mariage.

Si tous les deux sont d'accord pour consentir ou refuser, la question ne se pose pas.

Supposons, maintenant, que le père, gardien, au profit duquel le divorce a été prononcé, consente, l'article 152 s'appliquera.

Mais si c'est la femme qui se trouve dans les conditions requises par l'article 152, qui consent, c'est alors que cet article est dérogatoire au droit commun. En présence des termes formels de l'article 152, l'on ne peut hésiter, et l'enfant ayant le consentement de la mère, pourra se marier contre l'avis de son père. Tel est ici le but que s'est proposé la loi de 1896, de vaincre la résistance du père, qui, peut-être, est inspirée par la rancune.

Mais, supposons toujours la mère gardienne et innocente, son consentement est-il indispensable ?

« Il faut répondre par la négative. Le père conserve

sa prérogative de pouvoir consentir au mariage de préférence à la mère, son consentement suffit toujours en vertu de l'article 148. »

On n'a pas voulu que son veto fut un obstacle au mariage, mais s'il consent, son avis l'emportera. (N'oublions pas que la loi du 20 juin 1896 a voulu faciliter le mariage; c'est là la justification de cette solution.)

Il y a, néanmoins, des cas où l'on ne peut appliquer l'article 152. C'est d'abord lorsque le jugement de divorce a été prononcé aux torts des deux époux ; c'est ensuite lorsqu'une des trois conditions énumérées par l'article 152 vient à manquer, si, par exemple, la garde a été donnée à l'époux coupable, où, à un tiers.

Dans ces cas, il faut s'en référer au droit commun et appliquer l'article 148 : Ce sera la volonté du père qui prévaudra et le mariage sera impossible s'il refuse son assentiment.

APPENDICE

Du Domicile

Le domicile n'étant pas un élément de la puissance paternelle, mais constituant le siège juridique où s'exerceront les divers éléments que nous venons d'étudier, nous n'avons pu en constituer une section, partie intégrante du sujet, et nous avons dû nous résoudre à le placer en Appendice.

Il nous paraît intéressant, après avoir vu, dans différentes sections, la dévolution des divers attributs de la puissance paternelle, de connaître quel sera le domicile de l'enfant.

D'après l'article 108 du Code Civil, le domicile du mineur non émancipé est « chez ses père et mère ou tuteur ».

Or, au cas de divorce, les père et mère peuvent aller chacun de leur côté, l'unité de domicile n'existe plus : Où sera domicilié le mineur ?

Supposons, en premier lieu, que la garde est aux mains d'une tierce personne, faut-il admettre, ainsi que le soutient Villaquet (1), que là est le domicile de

(1) Villaquet, (Divorce), page 270.

l'enfant ? Assurément non, et cette solution contrarierait trop ouvertement l'article 108. Au reste, on verrait avec appréhension l'enfant trop soumis au tiers.

Il faut donc, dans ce cas, admettre que l'enfant aura le domicile de son père.

C'est la même solution qui doit être admise lorsque l'enfant a été confié au père ou à la mère.

En effet, pour la détermination du domicile, le Code se refère plus à l'endroit où est le siège de ses intérêts pécuniaires qu'au lieu de son habitation. De même à l'égard du mineur, la loi, pour fixer son domicile, s'inquiète davantage de savoir quel est son représentant légal qui a l'administration de son patrimoine, que de savoir avec qui il réside.

Notamment, lorsque le survivant des père et mère, pour une raison quelconque n'a pas la tutelle, l'enfant habite avec lui mais est domicilié chez son tuteur.

Ce n'est donc pas aux droits de garde et d'éducation qu'il faut rattacher le domicile, c'est à la gestion pécuniaire, c'est-à-dire à l'administration légale. L'enfant sera donc domicilié chez l'époux qui est investi de l'administration légale, chez le père, par conséquent, puisque nous avons admis qu'il était investi de cet attribut de la puissance paternelle (1).

---

(1) Cour d'Angers du 5 mai 1885, S, 86. 2 15 ; *Contra :* Req. 29 avril 1862, D, 62. 1, 515 ; Trib. d'Auxerre, 10 janv. 1901, *Gaz. des Trib.* 25 mars 1901.

CONCLUSION

Nous nous sommes efforcés dans notre introduction de montrer, au point de vue social, combien sont désastreux les effets du divorce sur les enfants.

Au cours de notre thèse, nous avons mis en lumière l'incertitude qui plane, au point de vue législatif, sur la dévolution des divers attributs de la puissance paternelle, et combien il ne saurait en découler pour l'enfant qu'une situation bâtarde, le plus souvent très désavantageuse pour lui : garde et correction, tantôt à un époux, tantôt à l'autre, tantôt à une tierce personne ; jouissance légale parfois à l'un des ex-conjoints, administration légale à l'autre ; consentement à mariage fourni par le père ou par la mère selon les cas.

L'on peut donc conclure sans hésitation que l'influence du divorce sur la puissance paternelle et, par suite, sur les enfants, produira fatalement dans tous les cas des effets regrettables.

Le remède sûr, efficace, le seul qui soit de nature à faire disparaître radicalement le mal, c'est, non pas d'abolir le divorce (nous le considérons comme une nécessité sociale) mais d'en restreindre le plus possible l'application, de ne l'admettre que dans les cas où il s'impose. Ainsi diminuera notablement le nombre de ces malheureux enfants qui connaissent trop tôt les dessous douteux de la vie, dont l'âme, naturellement

éprise de beau, de vrai, n'a aperçu dans la réalité que le hideux mensonge.

Nous sommes, au contraire, douloureusement surpris de voir les tendances actuelles à rendre le divorce plus facile.

Dans notre introduction, nous avons signalé des comités officiels et officieux qui affirmaient la nécessité de « retaper le Code, et qui poursuivaient la « Réforme du mariage ».

Déjà, nous sommes obligés de le constater, durant le laps de temps qu'a nécessité la confection de notre thèse, il nous a été donné d'assister à la bataille qu'ils ont livrée, et nous constatons avec une douloureuse stupéfaction, que leurs desiderata sont devenus des réalités.

Pendant ces derniers jours de janvier 1907, nous avons vu la Chambre des Députés accorder la conversion de la séparation de corps en divorce au bout de trois ans sur la simple demande de l'un des époux sans que le juge puisse, comme auparavant, se refuser à la prononcer.

De même, voici les grandes lignes du rapport de M. Violette (8 février) sur la proposition de M. Louis Martin, relative au divorce par consentement mutuel :

Le rapport prend pour base les dispositions du chapitre III du Code Civil. Il supprime seulement l'intervention des notaires et ne prévoit plus le concours des pères et mères ou ascendants que pour les mettre en mesure de donner leur avis qui ne pourra jamais devenir un veto.

Le divorce n'est plus prononcé par l'officier de

l'état-civil, mais par le tribunal. La procédure est d'ailleurs réduite au minimum et n'est prévue que pour la dernière comparution.

Le divorce *par consentement mutuel* ne pourra être demandé qu'après trois ans de mariage. Le délai d'épreuve est de deux ans au cours duquel les époux devront à trois reprises différentes venir devant le juge qui en dressera procès-verbal pour témoigner de leur volonté de rompre leur mariage.

Le nombre des divorces augmente tous les jours, pour en donner une idée, voici la statistique des divorces de 1890 à 1905 :

1890	5.457
1891	5.752
1892	5.772
1893	6.184
1894	6.419
1895	6.751
1896	7.051
1897	7.460
1898	7.238
1899	7.179
1900	7.157
1901	7.741
1902	8.431
1903	8.919
1904	9.860

Bientôt dix mille divorces par an, et il parait que ce n'est pas suffisant !

Notre faible voix sera de bien peu de poids, mais

nous nous associons néanmoins de tout cœur à ceux qui sont encore désireux de maintenir au père les derniers vestiges de sa puissance sur l'enfant.

Nous applaudissons aux paroles prononcées, le 12 février, à la réunion organisée par l'œuvre de l' « *Action Sociale* », par M. Noblemaire, dans une conférence intitulée « *Le Complot contre la famille* ».

Il montre qu'au lieu de s'occuper de combattre les divorces toujours croissants, on veut les augmenter encore. En effet, des législateurs comme des écrivains se sont donnés la tâche de faire triompher l'idée de divorce par la volonté d'un seul époux ou par consentement mutuel.

Nous allons donc de plus en plus vers le régime de l'union libre, que des romanciers, de prétendus sociologues, de prétendus moralistes même préconisent comme un système d'organisation sociale.

Réfréner ces tendances tel est notre premier et principal desiderata.

A des points de vue plus spéciaux, nous allons exprimer quelques souhaits :

Nous avons vu, au cours de notre thèse, le laconisme du législateur sur la départition de quelques éléments de la puissance paternelle, laconisme auquel le commentateur ne trouve pas son compte. Il faudrait donc, qu'à l'instar de la loi du 20 juin 1896, modifiant l'article 152 du Code Civil, on créât une théorie générale, que l'on posât des principes certains : Ainsi, lorsqu'un époux aura vu le divorce prononcé en sa faveur et aura obtenu la garde, il aura en main toute la puissance paternelle.

Si l'une de ces deux conditions vient à manquer, le père conservera toute la puissance paternelle. Tel devra être le principe qui subsistera tant qu'il n'aura pas été dérogé expressément par le tribunal ayant en vue l'intérêt des enfants.

Il conviendrait que le législateur posât des principes généraux, qu'il affirmât nettement par exemple que le divorce par lui-même ne porte aucune atteinte aux règles ordinaires sur la puissance paternelle, et qu'il consacre seulement la séparation définitive des deux conjoints, « *sine deminutione patriæ protestates* » pour employer la formule romaine.

C'est d'ailleurs ce que décide le Code Civil allemand. La garde de l'enfant n'implique pas sa représentation légale.

Ce Code consacre expressément la distinction que nous avons faite nous-même ailleurs, entre le droit de garde et les autres attributs, il évite heureusement la confusion dans laquelle est tombée notre jurisprudence en déclarant parfois que le mandat confié au gardien est un mandat général, lui donnant le pouvoir de retenir la puissance paternelle tout entière.

Il est un point aussi sur lequel le silence de notre loi est aussi singulièrement regrettable : Les droits du conjoint aux torts de qui le divorce a été prononcé demeurent vagues et indéfinis, malgre l'article 303 du Code Civil : il importerait de préciser le droit de surveillance de l'époux non gardien, le droit de visite, etc.

A ce point de vue, le Code Civil allemand a une disposition excellente : il dit que les parents exclus de la garde de la personne des enfants conservent le

droit de rester en communication avec eux, et ont comme conséquence, le droit de visite. Nous désirerions voir paraître dans notre Code une semblable précision.

Il serait à désirer aussi qu'une loi précisât la solution au cas de torts réciproques, le législateur par exemple pourrait donner les enfants jusqu'à un âge fixé à la mère et ensuite au père.

Il est enfin regrettable que le Conseil de famille ne soit pas appelé à donner, au moins son avis, sur l'attribution de la garde, comme l'était l'assemblée de famille sous la loi de 1792. Mieux à même qu'un tribunal de connaitre la véritable situation de la famille, il est mieux qualifié aussi pour apprécier l'intérêt de l'enfant. Son intervention se justifiera surtout au cas de second mariage de l'époux qui a obtenu la garde, car c'est dans cette hypothèse qu'il convient de veiller plus énergiquement à leur protection.

Ce sera appliquer le principe de l'article 395 relatif à la tutelle.

Vu :
Le Président de la Thèse,
GHEUSI.

Vu :
Le Doyen,
HAURIOU.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :
Toulouse, le 15 mai 1907.
Le Recteur,
Président du Conseil de l'Université,
PERROUD.

TABLE DES MATIÈRES

DEUXIÈME PARTIE